A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO SÍNTESE DA AUTONOMIA E DA HETERONOMIA (CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE UMA DECISÃO JUDICIAL)*

*José Carlos Brandão Proença***

1. Depois de termos lido o acórdão do STJ, de 19/11/de 2009[1], resolvemos, para um *aggiornamento*, regressar a um tema ao qual dedicámos alguma atenção em escritos da década de 80[2]. Nos últimos anos, a cláusula resolutiva expressa tem merecido bastante atenção por parte da doutrina franco-italiana[3], destacando-se, entre nós, como abordagem mais recente, as páginas dedicadas por Romano Martinez[4] à figura em causa. Face à percepção da existência, no tempo mais recente, de um conjunto amplo de decisões sobre a resolução convencional, decidimos tomar por referência o acórdão relatado pelo Conselheiro Serra Baptista com o objectivo de também podermos aferir do estado da jurisprudência sobre certos pontos mais sensíveis que tocam a *validade e a eficácia* das cláusulas resolutivas.

Sabendo-se que um contrato pode ser resolvido verificados que sejam os chamados fundamentos legais, genéricos (é paradigmática a norma do

---

* Este artigo destina-se a ser publicado nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Hörster.

** CEID, Escola do Porto da Faculdade de Direito, Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Rua Diogo Botelho, 1327 - 4169-005 Porto, Portugal

[1] *In www.dgsi.pt.*

[2] Ver os nossos *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra, 1982 (reimpressão em 2006), pp. 91 e ss. e *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica-resolução*, Coimbra, 1987, pp. 59-61.

[3] Referimo-nos, entre outros, às obras monográficas de O. ROSSELLA/G. CIRILLO, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1994, CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, Paris, 1996, C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Torino, 1997, MAURO GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998 e F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998.

[4] *Da cessação do contrato*, 2ª ed., Coimbra, 2006, pp. 81 e ss e 170 e ss.

art. 801º,2[5], aplicada directamente ou por reenvio da conversão da mora operada no seio do art. 808º) e específicos, reconduzíveis, em linguagem menos moderna e pouco rigorosa, à existência de uma condição resolutiva tácita, uma primeira questão prende-se, afinal, com a indagação das *razões* que levam os contraentes a estipular frequentemente (por vontade expressa e livre) ou o predisponente a incluir, nas condições contratuais gerais, tais cláusulas resolutivas. Não haverá por parte dos estipulantes uma espécie de excesso de zelo contratual ao pensarmos que a autonomia reguladora parece perfeitamente tutelada pelo legislador? Não pretenderá a parte legitimada estabelecer um caminho mais fácil de desvinculação apesar da resolução legal já ser eficaz, em regra, por mera declaração?

2. Antes de prosseguirmos, vejamos, contudo, o que esteve em causa no aresto aqui referido. A factualidade mais importante do caso em análise mostra-nos um *contrato celebrado entre uma empresa de telecomunicações móveis e um utente*, contrato este não cumprido por este segundo contraente, vindo a primeira pedir a condenação do último no pagamento de certos montantes pecuniários (mensalidades fixas e serviços prestados resultantes do fornecimento de telemóveis e cartões de acesso) e respectivos juros vencidos e vincendos. No contrato, celebrado com condições contratuais gerais, estava previsto na cláusula 13.4 que *«o não cumprimento por parte do cliente das suas obrigações contratuais relativamente ao pagamento das facturas confere...o direito à suspensão do serviço e à rescisão do contrato, cumprindo um aviso prévio de oito dias, com informação ao cliente que meio tem ao seu dispor para evitar a suspensão ou a rescisão...»*. Tendo o devedor admitido estar obrigado a pagar uma importância menor à peticionada, a acção foi considerada plenamente procedente na 1ª e 2ª instâncias[6], tendo esta considerado *o réu em incumprimento definitivo por perda objectiva de interesse por parte da empresa credora*. A Relação retirou esta conclusão da circunstância da empresa ter interpelado o devedor "no sentido de que desactivaria os cartões de acesso, caso persistisse na falta de pagamento das facturas já vencidas". Com a desactivação dos cartões, operada pela autora, com base na inércia do utente em pôr termo à mora, a 2ª instância considerou o contrato resolvido.

Com o devido respeito, parece-nos que a *decisão não valorou a existência da cláusula acima transcrita (com previsão do direito à excepção de não*

---

[5] As normas sem referência expressa são do Código Civil de 1966.

[6] Ac. de 7/5/2009 (OLINDO GERALDES), *in www.dgsi.pt*.

cumprimento e à resolução e com inserção de um prazo cominatório duplamente operante), deslocando o enfoque da questão para o plano legal situado na aplicação do art. 808º. Mas *mesmo nesta sede* não cremos que pudesse ser relevada uma perda de interesse da credora no cumprimento de uma dívida pecuniária mas apenas constatado o fracasso da interpelação cominatória inequivocamente feita[7] («...a Apelante foi advertida de que, persistindo em mora quanto ao pagamento das facturas já vencidas, a Apelada deixava de ter interesse na manutenção do contrato... recusando a continuação da prestação do serviço...») mas posta em causa pelo devedor face à sua alegação de que nunca incorrera em incumprimento definitivo. Por outro lado, e como veremos, a existência de uma cláusula resolutiva não dispensa a parte legitimada de exercer o poder dela resultante, parecendo a 2ª instância ter «retirado» a resolução da atitude da credora de desactivação dos cartões de acesso. Não se teria imposto, no caso, uma declaração inequívoca de resolução feita chegar à esfera de conhecimento do devedor?

Negando a revista, melhor esteve o Supremo *ao partir da análise da já mencionada cláusula*, considerando-a perfeitamente válida (por integrar um fundamento perfeitamente determinado) e operante à margem do estatuído no art. 808º. Ao afirmar que "convencionado entre as partes ficou – e há que concluir que de forma consciente e voluntária – que o contrato poderia ser resolvido pela autora, prestadora dos serviços, caso a ré, após comunicação nesse sentido não liquidasse as facturas em dívida", o Supremo entendeu que o contrato foi «resolvido por vontade unilateral da autora», «sem necessidade...de alegação e prova da perda do seu interesse...» ou «...de qualquer outra interpelação, com cominação, a fixar outro prazo razoável para cumprir». Tal como a Relação, o Supremo entendeu que na comunicação da desactivação dos cartões de acesso estava implicada a vontade resolutiva.

3. Nada temos a objectar contra o acerto da decisão do Supremo quanto ao *thema decidendum* e, aparentemente, contra as *rationes decidendi*. Dizemos *aparentemente* porque importa responder acertadamente aos quesitos principais colocados pela temática das cláusulas resolutivas, a começar pela *questão de saber se uma cláusula do tipo da analisada afasta por inteiro a aplicação dos mecanismos legais condicionantes da resolução*. Por outras palavras, o teor da cláusula, apesar de integrar no seu conteúdo uma referência ao prazo com

---

[7] Estamos a pressupor, o que não resulta com clareza dos autos, que foi concedido ao devedor um prazo razoável não necessariamente coincidente com o constante da cláusula.

uma função idêntica à considerada no art. 808º,1, prevalece sobre este normativo, afastando o procedimento rigoroso de uma interpelação cominatória? Não se trataria, apenas, na sua vertente resolutiva, de uma cláusula remissiva e, portanto, inútil? Não foi esta a perspectiva em que se colocou a 2ª instância? E poderia a resolução, fundada na cláusula, ser feita valer mediante meras operações materiais, ou seja, sem a sustentação de uma base declarativa evidente e expressa? Não valoraram as duas decisões uma desactivação de cartões como resolução do contrato? E, afinal, que espaço de autonomia existe na redacção das cláusulas resolutivas? Mas a própria formulação da cláusula, aspecto sobre o qual o Supremo igualmente se pronuncia, aderindo à posição de Calvão da Silva, coloca a *vexata quaestio* dos *limites* que existem quanto à determinação e qualificação dos fundamentos relevantes, sabendo-se, como se sabe, que a resolução é, tipicamente, uma *ultima ratio* e repousa normalmente num incumprimento culposo. Poderia a cláusula em causa colocar como razão desvinculativa um motivo, subjectiva e objectivamente, pouco grave? Poderia, por ex., considerar uma simples mora como imediato fundamento resolutivo? Ou, até, o incumprimento de qualquer uma das cláusulas especificamente consideradas? Não pode o tribunal, nestes últimos casos, com base no *princípio da proporcionalidade* ou numa certa ideia *correctora*, considerar que a resolução não deve ser exercida? E que enquadramento normativo deve ser preservado em contratos de enorme sensibilidade social (estamos a pensar, sobretudo, no arrendamento urbano) ou quando, como no caso que motivou o acórdão relatado por Serra Baptista, as cláusulas surgem enquadradas como condições contratuais gerais? Diga-se, desde já, que sempre que a cláusula resolutiva for inequívoca quanto ao estabelecimento de um poder resolutivo extrajudicial, este mesmo poder, suportado no(s) fundamento(s) violado(s) e mediado por uma vontade desvinculativa, deve ser «dirigido» de forma *clara e directa* à contraparte para evitar situações de dúvida sobre a forma cessativa[8] e a subsistência ou não do contrato. É, por isso, que colocamos reservas, quando vemos as instâncias a considerar como «resolução convencional tácita» a propositura de uma acção judicial com vista à concessão de uma indemnização por incumprimento[9] ou quando, como

[8] No ac. da RL, de 10/12/2009 (ABRANTES GERALDES), *in www.dgsi.pt*, é afirmado com clareza que a declaração resolutiva deve ser inequívoca, não podendo extrair-se do mero pedido de devolução do veículo alugado (tratou-se, no caso, de um aluguer de longa duração não cumprido pelo locatário, tendo o locador enviado uma carta a solicitar a restituição imediata do veículo, carta esta valorada em ligação com uma revogação bilateral).

[9] Ver o ac. da RP, de 14/7/2005 (GONÇALO SILVANO), *in www.dgsi.pt* ("no caso, a resolução do contrato operou-se através da declaração unilateral do credor concretizada na acção, pois é aí

no acórdão relatado por Serra Baptista, a comunicação da desactivação dos cartões (interpretada como cessação da prestação do serviço convencionado) surge identificada com o exercício/comunicação do poder resolutivo constante do clausulado, esquecendo-se que, em rigor, a desactivação surge como *efeito* da resolução e não é a própria resolução[10].

4. Vejamos, contudo, e, *en passant*, as principais motivações que conduzem os contraentes à inserção contratual de cláusulas resolutivas. As partes, umas vezes, pretendem fugir à natureza abstracta das formulações legais estabelecendo com *maior precisão e segurança* os fundamentos que arvoram como determinantes da possível resolução. Não há aqui, desde logo, como defende Ch. Paulin[11], qualquer desejo sancionatório mas a vontade pragmática de uma adequada tutela unilateral ou bilateral dos interesses. O clausulado que permite a resolução serve manifestamente os interesses da parte normalmente beneficiada, independentemente de o contrato vir a ser ou não resolvido. Esta tutela é potenciada em *contratos duradouros*, naturalmente sujeitos a certa erosão e a comportamentos mais imprevisíveis e em determinados *contratos atípicos* - celebrados normalmente por adesão – já que a sua natureza impõe o cumprimento das obrigações (essenciais e secundárias) estipuladas, para assegurar, por ex., num contrato de franquia, a imagem do franquiador e, num contrato de «instalação de lojista em centro comercial», o funcionamento com sucesso do espaço comercial integrado. Como assinalam Schlechtriem/M. Schimdt-Kessel[12], num sistema que conhece tipos específicos de resolução convencional como são os casos da «*Rücktritt gegen Reugeld*» (§353 do BGB) e da «*Verwirkungsklausel*» (§354 do BGB), a estipulação do fundamento resolutivo pode representar uma importante «limitação de risco» («*Risikobeschränkung*») nas situações em que a execução do contrato se torne mais difícil ou os pressupostos da exoneração se mostrem mais restritivos.

---

que está a ser exigida do réu a indemnização pelo incumprimento do contrato").

10 No bom caminho, ver os acs. da RL de 24/6/2008 (ABRANTES GERALDES) e de 18/5/2010 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), ambos *in www.dgsi.pt*.

11 *La clause résolutoire*, Paris, 1996, pp. 117 e ss, para a natureza «*pénale*» e «*acessoire*» da «*clause résolutoire*».

12 *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Tübingen, 2005, p. 206. É interessante a aproximação que os dois juristas fazem com as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade, embora nos pareça que essa consideração tem também a ver com fundamentos resolutivos atinentes à esfera do beneficiado. Para o interesse da resolução convencional, ver, igualmente, DAGMAR COESTER-WALTJEN, «Rücktrittsrechte in BGB und HGB», *in Jura*, 2001, pp. 821-822.

Também não desconhecemos, com alguma doutrina[13], que este tipo de acordo assume um papel preventivo, análogo à inclusão contratual de outras cláusulas (reserva de propriedade, cláusula penal indemnizatória e compulsória, sinal) que pretendem «recordar» os efeitos derivados de atitudes de incumprimento com o objectivo de evitar este mesmo incumprimento e a perda da contraprestação.

Analisando o regime resolutivo constante dos arts. 432º e ss., verifica-se que, com excepção do nº1 deste normativo, apenas no nº1 do art. 435º e no nº2 do art. 436º há uma referência particular à resolução convencional (o primeiro contendo uma prescrição imperativa e o segundo prevendo uma lacuna negocial quanto ao prazo de exercício do direito), o que significa que *aquele regime vale indistintamente para ambas as resoluções* e que uma resolução convencional que se limite a remeter para «os termos da lei» não exclui a aplicação dos pressupostos que condicionam a resolução legal[14]. É por isso que o *leitmotiv* deste tipo de clausulado de desvinculação *reside na fuga à aplicação das normas dispositivas e supletivas do regime legal, incluindo aspectos de eficácia repositiva*[15], de

---

[13] Ver, sobretudo, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, pp. 321 e ss., ROMANO MARTINEZ, cit., p. 170 e BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, pp. 325 e ss. (*apud* ROMANO MARTINEZ, cit., p. 170, nota336).

[14] A importância de um fundamento convencional de resolução para afastar certos pressupostos legais do exercício do direito é evidenciada nos acs. do STJ, de 4/4/2006 (ALVES VELHO) e de 27/6/2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS) e da RG, de 21/6/2007 (GOUVEIA BARROS) e de 6/11/2008 (MARIA LUÍSA RAMOS), todos *in www.dgsi.pt*.

[15] Na medida em que a retroactividade (obrigacional e real) não é um efeito essencial ou necessário da resolução, os contraentes podem *querer afastá-la* nos contratos com prestações fraccionadas (o que é admitido pela segunda parte do nº 1 do art. 434º ao «destruir» a presunção de retroactividade resultante da parte inicial do preceito e confirmado pelo nº2 do art. 935º) ou *mantê-la* nos contratos duradouros propriamente ditos e que sejam propícios a tal (por ex, restituição de equipamento e outro material em contrato de franquia, restituição de jóia de ingresso ao lojista de um centro comercial, restituição de barris de cerveja inviolados num fornecimento periódico, restituição de rendas recebidas num contrato de renda perpétua ou de parte das rendas elevadas recebidas pelo senhorio), *alterá-la* (restituição mitigada) ou *dotá-la*, nas *prestações pecuniárias* e por fuga ao nominalismo monetário, de um *sentido repositivo*. Pese embora o discutível princípio limitativo consignado no nº 2 do art. 432º (a possibilidade restitutiva como *conditio sine qua non* da resolução), mas afastado imperativamente no regime da compra e venda de bens de consumo, e sem esquecer o debate sobre o seu concreto âmbito de aplicação, não vemos como é que esse princípio possa colidir com a *estipulação (permitida) da não retroactividade*, mantendo-se, como se mantém, o efeito liberatório pretendido. A exclusão convencional da retroactividade só exclui o efeito recuperatório e não, como na hipótese daquele normativo, o próprio direito de resolução. Pelo menos fora do âmbito da venda de bens de consumo, não se vê, contudo, impedimento para ficar clausulado, em nome do desejo de uma restituição natural, que o comprador não possa

conteúdo indemnizatório[16] *e de procedimento*, estes últimos aptos para tornar *mais céleres a declaração e a eficácia resolutivas*. Pensamos, por ex., na dispensa da chamada interpelação cominatória, na prévia fixação do prazo admonitório ou na estipulação das consequências para o decurso infrutífero do prazo suplementar. Diga-se, aliás, que quanto mais restritivo for o regime supletivo, mais os contraentes procurarão disciplinar de outro modo a resolução contratual. É o que sucede, antes de mais, com o regime (derivado do art. 1585º do Código de Seabra) existente no art. 886º ao exigir a presença de uma cláusula resolutiva para que o vendedor (despojado da propriedade e da coisa) possa desvincular-se por falta de pagamento do preço[17]. No tocante ao *modo comunicativo*, sendo o nosso sistema essencialmente "declarativo" (cfr. o nº 1 do art. 436º e os arts. 1047º e 1084º, 1 e 2), à semelhança da generalidade de outras codificações e do que está proposto em projectos de unificação legislativa[18], não há necessidade,

resolver o contrato se o bem perecer sem culpa sua ou que, em geral, verificado o fundamento resolutivo, possa haver resolução mesmo que o legitimado tenha culpa na perda do bem a restituir. O que não é possível, como sabemos, é a cláusula resolutiva poder ser utilizada para *prejudicar os direitos adquiridos*, *medio tempore*, por terceiros, independentemente do conhecimento efectivo que estes tivessem desse clausulado. Não estando prevista no nº 1 do art. 435º uma solução idêntica à consagrada no art. 932º, a cláusula, com excepção do caso descrito no nº 2 do art. 435º, terá sempre uma eficácia *inter partes*.

[16] A cláusula resolutiva pode ser integrada por referências à *indemnização* devida, quer no sentido (mais raro) da sua possível exclusão, quer na sua consideração como cláusula penal ou com um conteúdo indemnizatório determinado por critérios não coincidentes com os parâmetros dominantes de cálculo da indemnização associada à resolução. Na cláusula (13.4) do acórdão que estamos a analisar, estava apenas prevista uma indemnização moratória pelo incumprimento das prestações pecuniárias em dívida («...*ficando...constituída no direito de cobrar juros moratórios, a calcular sobre os montantes em dívida, contados por cada dia de atraso, à taxa legal aplicável às operações comerciais, nos termos do art. 102º do Código Comercial*»).Combatendo o dogma da «imperatividade» da indemnização «negativa» cumulada com a resolução, ver PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra, 2008, pp. 1616 e ss.,

[17] Sendo o preço pago em prestações, ROMANO MARTINEZ, cit., p. 261, nota 513, não aceita a inclusão no contrato de uma cláusula resolutiva por colidir com a imperatividade do art. 934º. À margem da possível fiscalização judicial, não vemos, contudo, que o mero pagamento em prestações seja uma razão decisiva para diferenciar este caso da situação-tipo prevista no art. 886º, pois, em ambos, há idêntica transmissão da propriedade e da posse (para a admissão da cláusula, conquanto emitindo reservas num plano *de jure condendo*, ver VASCO XAVIER, «Venda a prestações. Algumas notas sobre os artigos 934º e 935º do Código Civil», *in RDES*, ano XXI – nºs 1-2-3-4, 1974, p. 239). E será possível uma cláusula resolutiva, sem sujeição aos pressupostos dos arts. 934º e 808º, para o caso de a venda ter sido feita a prestações com reserva de propriedade mas sem entrega do bem?

[18] Ver, por ex., os arts. 7.3.2,1 dos Princípios UNIDROIT, 9.303 dos PECL e 114º e ss. do Projecto

ao contrário do que se passa no sistema francês e italiano, de ser estabelecido um regime diverso do legal. Nada impede, no entanto, os contraentes, dentro dos limites legais, de estabelecer que a declaração de resolução seja processada judicialmente[19]. Mas também podem as partes designar os *legitimados* (por ex., conferir legitimidade activa a um dos credores no caso de credores conjuntos), estabelecer as *formalidades necessárias* (por ex., comunicação oral) ou *fixar os prazos* dentro dos quais a resolução deve ser declarada (de forma a evitar a aplicação do citado nº 2 do art. 436º e conferir menos incerteza quanto ao conhecimento da vontade resolutiva do legitimado).

No plano dos *fundamentos/pressupostos*, salvaguardados os *limites* e a *valoração* a que nos iremos referir mais adiante, mas partindo sempre da dupla consideração, não aceite pelo pensamento jurídico dominante noutros países, de que o fundamento convencionado não repousa necessariamente num incumprimento[20] e que a culpa não é requisito essencial de qualquer resolução[21], as partes podem, por ex., colocar como razões resolutivas a *mora* no cumprimento de prestações de facto, de coisa ou mesmo pecuniárias, uma determinada *justa causa* como forma de integrar a pura indeterminação legal (cfr. o art. 1140º[22] e o art.116º do DL nº 72/2008) ou *eventos consonantes com a abertura de certas normas* que não tipificam taxativamente nem enquadram totalmente os fundamentos resolutivos (ver, como sintomáticos, os nºs 2 e 4 do art. 1083º). A existência de prazos resolutivos no contrato tanto pode revelar uma atípica cláusula resolutiva se a natureza da obrigação, o clausulado, o circunstancialismo do negócio e o interesse do beneficiário revelarem a presença de um *prazo absolutamente fixo* (estaremos, então, rigorosamente, perante uma «resolução automática» ou uma «cláusula de caducidade») ou a presença de uma verdadeira cláusula resolutiva se o prazo, por ser *relativamente fixo,* propiciar a opção entre uma declaração de resolução ou um pedido de cumprimento tardio. Se, no primeiro caso, uma declaração de resolução

---

GANDOLFI.

[19] Ver, para uma exemplificação numa compra e venda a prestações, o ac. da RE, de 4/5/2000 (M. MANUEL PEREIRA), *in www.dgsi.pt.*

[20] Nesse sentido, ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 82-83 e 170 («dessas cláusulas podem resultar acordos de resolução com distintos conteúdos...»), referindo a diferente posição de DI MEO.

[21] Para os dados actuais da questão, ver PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, cit., p. 1651, nota 4751. Negando a resolução legal, em caso de insolvência, por carência de culpa presumida, ver o Ac. da RG, de 21/6/2007 (GOUVEIA BARROS), cit.

[22] Para o relevo de uma "necessidade superveniente e imprevisível", ver JÚLIO GOMES, «Do contrato de comodato», *in CDP*, nº 17, 2007, p. 28.

apenas confirmaria a inevitabilidade da situação[23], já, na segunda hipótese, fica nas mãos do legitimado o destino do contrato e a forma como valore, na sua perspectiva de interesses, a omissão da outra parte[24]. Nem a concessão tolerante de uma mera prorrogação de prazo ao faltoso significa, necessariamente, uma renúncia tácita à cláusula existente, podendo o beneficiário fazer valer a resolução caso essa prorrogação não seja frutuosa. O que o nosso sistema não conhece é a separação legal de regimes que o *Codice Civile* faz entre a «*clausola risolutiva espressa*» do art. 1456º e o «*termine essenziale*» do art. 1457º, conquanto não tenha desaparecido o debate sobre a exacta delimitação das figuras como revela a polémica, referida por Addante[25], entre Natoli e Andreoli.

Retornando ao caso do acórdão -padrão, a já referida cláusula 13.4 continha a fixação de um prazo relativamente fixo, podendo operar a resolução no caso de o devedor não pôr termo à mora pelo menos no prazo suplementar de oito dias. Atendendo à natureza da prestação, ao teor do clausulado e aos interesses da credora, o contrato poderia ser resolvido pela manutenção da mora do devedor. Aliás, a interpretação da letra da cláusula é manifestamente desfavorável à consideração do prazo de dilação de cumprimento das prestações pecuniárias com um sentido cominatório ou final, ou seja, significando a presença de um termo subjectivo absolutamente fixo.

Interessante foi a forma como os promitentes estabeleceram em determinado contrato-promessa[26] a conjugação de prazos, estabelecendo uma cláusula resolutiva para a hipótese do contrato definitivo não ser celebrado

---

[23] Quanto à falta de pagamento dos prémios na maioria dos contratos de seguro, a previsão imperativa de uma «resolução automática» no art. 61º do DL nº 72/2008, cit. em conjugação com a exclusão da prorrogação do contrato (nº 2) parecem significar a existência de um termo absolutamente fixo. Para uma crítica fundada ao nosso regime, ver J.C. MOITINHO DE ALMEIDA, «O novo regime jurídico do contrato de seguro. Breves considerações sobre a protecção dos segurados», *in CDP* nº 26, 2009, pp. 6-7.

[24] Como diz BAPTISTA MACHADO, «Pressupostos da resolução por incumprimento», *in* Obra Dispersa, I, Braga, 1991, cit., p. 190, «a regra é antes a de que o termo essencial subjectivo tem o sentido de uma simples cláusula resolutiva e que o termo subjectivo absolutamente essencial tem carácter excepcional»). Ver as esclarecedoras «interferências» entre o «termo essencial» e a «cláusula resolutiva» nas pp. 191 e ss., sem esquecer o relevo do disposto no nº 2 do art. 436º.

[25] «Colpa dell'obbligato ed operatività della clausola risolutiva espressa», *in I contratti*, nº 3, 2003, p. 233.

[26] Cfr. o ac. da RL, de 29/9/2009 (TOMÉ GOMES), *in www.dgsi.pt*. O tribunal qualificou como «cláusula resolutiva acoplada a um prazo essencial» a cláusula respeitante ao prazo máximo estipulado (no caso, 45 meses após a assinatura da promessa).

durante o prazo suplementar fixado ao promitente-vendedor e uma cláusula resolutiva (?) para o caso da escritura não ser realizada dentro de um «limite temporal máximo» a contar da assinatura da promessa.

5. Para lá do concreto conteúdo de cada cláusula resolutiva, é particularmente importante para a sua relevância e eficácia que *a cláusula tenha uma redacção que reflicta o inequívoco desejo das partes de não ficarem sujeitas, total ou parcialmente, à aplicação do regime legal resolutivo*. Neste âmbito, é doutrina e jurisprudência pacífica, e não só entre nós, que a cláusula resolutiva deve ser redigida em *termos claros e precisos* e não de forma meramente genérica ou imprecisa (por ex., «este contrato poderá ser resolvido por incumprimento»; «este contrato poderá ser resolvido por incumprimento de todas as obrigações legais e contratuais»; «este contrato pode ser resolvido por incumprimento de qualquer das obrigações emergentes do contrato»[27]; «em caso de violação de qualquer das cláusulas do presente contrato, a parte não faltosa goza do direito de resolver o contrato»). Nos três primeiros exemplos não estão previstas, nem precisadas as razões da possível resolução, e, no quarto, há uma formulação que deve ser evitada dado que o tom globalizante permite abarcar toda e qualquer cláusula do contrato, independentemente da «intrínseca» gravidade de cada uma delas. Para evitar que o contrato possa terminar «com facilidade», sem um verdadeiro fundamento, com base numa vontade mais ou menos arbitrária, como acontece quando há um «direito de livre resolução», um «sinal penitencial» ou uma «cláusula de rescisão», é de postergar a invocação de um incumprimento difuso, implícito ou genérico, *no fundo, a alegação de um qualquer incumprimento de uma qualquer obrigação*. Para lá da alusão ao *tipo* de incumprimento considerado (mora? incumprimento definitivo? recusa categórica de cumprimento? cumprimento defeituoso?) e à sua vertente *causal* (incumprimento imputável ou não imputável?), devem, assim, estar previstos *um ou mais fundamentos concretos* (que concretizem a alusão ao incumprimento das obrigações ou cláusulas contratuais)[28]

[27] No contrato de aluguer de longa duração, considerado no ac. da RL, de 2/6/2009 (MARIA ROSÁRIO BARBOSA), in *www.dgsi.pt*, estava previsto que «o locador poderá rescindir, com justa causa e unilateralmente, o presente contrato, sempre que o locatário falte a qualquer das suas obrigações contratuais».

[28] É elucidativo o sumário do ac. da RL, de 9/3/2006 (GRANJA DA FONSECA), cit. («as partes não podem dar à cláusula resolutiva expressa um conteúdo meramente genérico, referindo-se, por exemplo, ao incumprimento de todas as obrigações contratuais. Têm de fazer uma referência *explícita e precisa* às obrigações cujo incumprimento dá direito a resolução, *identificando-as*.

e não meras *cláusulas de estilo*[29] que repitam inutilmente a fundamentação legal («Para além do previsto nos termos gerais de Direito...»)[30], sem a querer, naturalmente, afastar mas apenas recordar[31]. Nem é preciso lembrar que a parte legitimada, ao exercer o poder conferido pela cláusula, deve indicar à contraparte o(s) fundamento(s) concreto(s) em que repousa o seu desejo

---

Desde que identificadas uma a uma, obviamente que a cláusula resolutiva já pode reportar-se à totalidade das obrigações emergentes do contrato»). No contrato de locação financeira, considerado na decisão, foi prevista a resolução para certos fundamentos e «sempre que o locatário incumpra definitivamente qualquer das suas obrigações não pecuniárias deste contrato». Os sublinhados são da nossa autoria.

Temos dúvidas que essa exigência conste das cláusulas resolutivas existentes em «contratos de instalação de lojista em centro comercial» ao prever-se o direito de resolução «em caso de incumprimento...dos deveres e obrigações que...são cometidos pelo presente contrato e, bem assim, pelo Regulamento».

[29] Sobre essas cláusulas, ver G. IORIO, «Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative», *in RDCiv*, I, 2009, pp. 60 e ss.

[30] Cláusula 16.1 do contrato referido no ac. do STJ, de 21/5/2009 (ALVES VELHO), *in www.dgsi.pt*. Para lá desta cláusula genérica ou remissiva o contrato integrava fundamentos resolutivos específicos a par de uma cláusula resolutiva indeterminada atinente ao «incumprimento por parte de um dos outorgantes de qualquer das obrigações decorrentes deste contrato, desde que tal incumprimento se mantenha por período superior a 30 dias, após aviso do referido incumprimento».

[31] Assim, acs. do STJ, de 27/3/2001 (SILVA PAIXÃO) e de 29/11/2006 (ALVES VELHO), *in www.dgsi.pt* («uma cláusula resolutiva cujo conteúdo consista apenas na referência genérica e indeterminada ao "incumprimento de quaisquer obrigações emergentes do contrato»... deve entender-se como uma simples «cláusula de estilo» que se limita a remeter para a regulamentação legal..., logo desprovida de utilidade enquanto fonte convencional de legitimação do exercício do direito potestativo da destruição do contrato»), da RL, de 23/2/2006 (SALAZAR CASANOVA), cit. (considerou se "cláusula de estilo" o clausular-se que "o incumprimento pelo locatário de qualquer uma das obrigações assumidas no presente contrato, confere à locadora a possibilidade de resolver o contrato..."), da RL, de 24/1/20008 (ANTÓNIO VALENTE) («a cláusula resolutiva que preveja o direito de resolução por incumprimento de qualquer obrigação contratual, não dispensa, dado o seu carácter genérico e impreciso, a interpelação admonitória...» o contrato de locação financeira continha uma cláusula que permitia à locadora resolver o contrato «se o cliente faltar ao cumprimento de qualquer das obrigações em que, por virtude deste contrato, fica constituído»), da RP, de 1/7/2008, relatado por MARQUES DE CASTILHO («a cláusula resolutiva expressa deve referir se a prestações e a modalidades de cumprimento determinadas com precisão as partes não podem ligar a resolução a uma previsão genérica e indeterminada, do tipo «em caso de inadimplemento de qualquer obrigação surgida do presente contrato, este considera se resolvido») e da RL, de 22/12/2008, relatado por SILVA SANTOS (na cláusula 4ª do contrato de locação financeira estava prevista a resolução pela locadora no caso do locatário não cumprir «...pontualmente as obrigações para si decorrentes do contrato...»)
Todos os acs. foram consultados *in www.dgsi.pt*.

desvinculativo.

Bem andou Serra Baptista, no sumário do acórdão de que partimos, ao afirmar, sustentado em Calvão da Silva[32], que «é a inadimplência da específica obrigação prevista que é fundamento e pressuposto indispensável da resolução». Como também se pode ler no texto do aresto «*in casu, convencionado entre as partes ficou...que o contrato poderia ser resolvido pela autora, prestadora dos serviços, caso a ré, após comunicação nesse sentido, não liquidasse as facturas em dívida*».

6. A questão mais delicada da teoria da cláusula resolutiva expressa tem a ver com o *âmbito de autonomia da vontade projectada no conteúdo da cláusula*. Se pensarmos que os fundamentos legais da resolução (incumprimento definitivo, recusa categórica de cumprimento, justa causa resolutiva, mora qualificada ou mora, eventualmente, sujeita à conversão em incumprimento definitivo) estão consonantes com uma certa filosofia desse direito, favorável à conservação contratual, e que, pelo contrário, a resolução convencional enfraquece potencialmente a eficácia vinculativa[33], é de questionar se e em que medida é que as partes podem afastar aquela primeira «ideologia» ou teleologia, justificada, normativamente, nos contratos negociados, pelos preceitos

---

[32] Cit., pp. 322-323. Para a defesa da especificidade ou determinação dos fundamentos convencionais da resolução, ver BAPTISTA MACHADO, cit., p. 187, nota 77, ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 171-172, PINTO MONTEIRO, *in RLJ*, ano 133º, pp. 239 e ss.(em anotação ao ac. do STJ, de 9/11/1999, relatado por F. LOURENÇO, a propósito da cláusula de um contrato que previa a rescisão «...em caso de incumprimento...de qualquer das condições nele incluídas e nas condições gerais do contrato de transporte») e GRAVATO MORAIS, *Contrato-promessa em geral. Contratos-promessa em especial*, Coimbra, 2009, p. 166. A necessidade da concretização do fundamento é patente na redacção do art. 1456º do CC-I («...*si risolva nel caso che una determinata obbligazione*...») e no art. 114º,2 do Projecto GANDOLFI («...*una clausola in base alla quale l'inadempimento di una determinata prestazione*...»), 1159,1 do Anteprojecto CATALA e 167º do Projecto («*La clause résolutoire doit expressément désigner les engagement dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat*»). Os tribunais franceses, como notam A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 12ª ed., 2010, p. 281 e PH. MALINVAUD/D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11ª ed., Paris, 2010, p. 404, exigem que a cláusula diga respeito a «obrigações expressamente estipuladas no contrato, perfeitamente conhecidas do devedor». Ver, no direito alemão, SCHLECHTRIEM/M. SCHIMDT-KESSEL, cit., p. 206 («*eine einvernehmliche Vereinbarung der Rücktrittsmöglichkeit*») e, para o direito italiano, GRONDONA, cit, p.6 e BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004, pp. 282 e 285 e ss.

[33] Cfr. R. MOTSCH, «Neues Schuldrecht: Rücktritt vom Kauf», *in JR*, nº 6, 2002, p. 221, nota 3 («*denn die einseitige Lösungsmöglichkeit steht in diametralem Gegensatz zur strengen Bindungswirkung des Vertrags*...»).

mais específicos dos arts. 793º,2, 801º,2, 802º,2 e 808º. *São as partes soberanos, livres, na definição relevante dos fundamentos resolutivos, mesmo que se afastem daquela «ideologia conservadora»? Podem os contraentes convencionar cláusulas resolutivas desproporcionadas, ou seja, com fundamentos fracos ou com renúncia à razão de ser resolutiva?*

6.1. Sabemos, desde logo pela alusão literal que se encontra no art. 405º,1, que o círculo de liberdade dos pactuantes não é ilimitado, *tendo o legislador estabelecido, para conter os excessos da autotutela normativa, determinadas barreiras inultrapassáveis*. Esta contenção ocorre, desde logo, em contratos mais sensíveis e de maior ou menor impacto sócio-económico como acontece com a compra e venda a prestações com reserva de propriedade (e contratos com «resultado equivalente», como a locação-venda) e o arrendamento urbano e rural. Se, no primeiro domínio normativo, não é possível convencionar a resolução para o incumprimento de uma prestação de valor inferior à oitava parte do preço ou que (mas apenas na locação-venda) a resolução tenha eficácia não retroactiva (cfr. os arts. 934º e 936º) e se, no último, é de ter em conta o *numerus clausus* de fundamentos resolutivos (cfr. o art. 17º,2 do RAR apesar de não se ver bem como articular essa restrição e a do nº 4, quanto ao arrendatário, com a relativa abertura do seu nº 1 e a ausência de uma norma imperativa idêntica à do art. 1080º[34]), *os prazos e as formalidades* necessárias para o exercício do direito (é relevante a remissão feito pelo art. 29º,1 para os arts. 17º, 26º e 27º), já no seio do arrendamento urbano a existência de um regime estrito e imperativo (assente na "força" do art. 1080º) se permite estabelecer fundamentos resolutivos que integrem o pressuposto-base do nº 2 do art. 1083º (« ..incumprimento que pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento...»)[35], já proíbe valorar, para fins resolutivos, por ex., o não uso do locado por menos de um ano (cfr. o art. 1083º,2 d)), uma mora no pagamento da renda de um ou dois meses (a não ser que seja comprovada a inexigibilidade da conservação

[34] Sendo certo que não pode ser convencionado um fundamento que permita ao senhorio resolver o contrato por incumprimento de uma obrigação contratual sem incidência na produtividade do prédio (cfr. o art. 17º,2, b) do RAR), a possibilidade, admitida, ao que cremos, pela filosofia menos rígida do DL nº 294/2009 e pelo regime do nº 2 do art. 13º, do estabelecimento de uma mora resolutiva inferior a seis meses (cfr. o art. 13º,3) não pode desviar-se da norma-base do nº 1 do art. 17º (cfr, também, o art. 29º,1).

[35] Na vigência do RAU, a RC, em ac. de 14/11/2000 (TAVORA VÍTOR), considerou nula a cláusula resolutiva aposta pelo senhorio e contrária à regra da renovação obrigatória do contrato.

contratual)[36], consagrar um prazo de purgação da mora inferior ao legal, afastar a «ressurreição» do contrato contra a vontade do legislador ou adoptar outras formas cessativas, tudo contra o disposto nos arts. 1084º e 9º,7 e 14º,1 da Lei nº 6/2006. O mesmo enquadramento imperativo é feito sentir quando as partes estabelecem a *insolvência* como fundamento resolutivo ou quando aquela atinge um contrato em curso (cfr. os arts. 119º, 102º e 108º,4 do CIRE).

6.2. As limitações legais estão, naturalmente, potenciadas quando o *contrato é celebrado com contraentes mais frágeis*[37], *como são os consumidores (presenciais ou não), e com recurso a condições contratuais gerais*, como, aliás, sucedeu com o contrato de que partiu o acórdão que nos serve de guião. Ao pensarmos, entre outros, nos contratos de seguro, de prestação de serviços de comunicações, electrónicas ou não, de mediação imobiliária e nos diversos contratos de crédito (entre outros, crédito pessoal, locação financeira, aluguer de longa duração e acesso a cartões de crédito), o legislador, para lá de assegurar aos aderentes um efectivo conhecimento, mesmo na fase pré-contratual, de informações atinentes ao clausulado[38] e de ter consagrado um controlo inibitório de tipo judicial[39], em atenção à predisposição unilateral e à ausência de um

[36] No plano estritamente legal, ver, para o relevo resolutivo da mora inferior a três meses, NUNO PINTO OLIVEIRA, «Resolução do contrato de arrendamento», *in SI*, nº 308, 2006, p. 649 e PAULO SOARES DO NASCIMENTO, «O incumprimento da obrigação do pagamento da renda ao abrigo do novo regime jurídico do arrendamento urbano», *in Estudos em homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. I. GALVÃO TELLES – 90 anos*, Coimbra, 2007, pp. 1005 e ss. e 1019. Para o «crivo» do nº 2 do art. 1083º e a integração desta cláusula geral como elemento da causa de pedir resolutiva, ver o ac. da RP, de 17/4/2008 (FERNANDO BAPTISTA), *in www.dgsi.pt*.

[37] Sobre o «contraente débil», ver, entre outros, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, pp. 323 e ss., GUILHERME DRAY, «Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil», *in Estudos de homenagem ao Prof. Doutor I. GALVÃO TELLES*, I, 2002, pp. 75 e ss.e A. SCARSO, *Il contraente «debole»*, Torino, 2006 e C. CAMARDI, «Tecniche di controlo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo», in EDP 4, 2008, pp. 831 e ss.

[38] Sobre o direito à informação dos consumidores, ver, com interesse, os arts. 3º, e 8º da LDC (Lei nº 24/96, de 31 de Julho), o art. 10º, e) do DL nº 57/2008, cit., ao considerar «informação substancial» («no caso de proposta contratual ou de convite a contratar») «a existência dos direitos de resolução ou de anulação...sempre que resultem da lei ou de contrato» e os arts. 6º e 12º do DL nº 133/2009, cit. (uma das informações pré-contratuais e uma das menções contratuais tem a ver com «as consequências da falta de pagamento» estando prevista, neste último caso, a anulação do contrato pelo consumidor).

[39] Relativamente ao controlo preventivo em contratos de utilização de cartões de débito e de crédito, o ac. do STJ, de 17/5/2007 (OLIVEIRA ROCHA), *in www.dgsi.pt*, confirmou a decisão da RL, ao entender que «no caso de resolução, esta tem de ser motivada, só sendo legítima, quando

verdadeiro exercício da liberdade contratual, catalogou determinadas condições contratuais como *abusivas*, proibindo-as de uma forma absoluta ou relativa, mesmo quando não sejam contrárias ao princípio da boa fé.

Mais concretamente, as cláusulas resolutivas integradas em contratos de adesão devem ser, como outras, efectivamente comunicadas e explicadas, não podem passar «desapercebidas a um contratante normal», nem estar inseridas em instrumentos normativos sem um seu conhecimento efectivo, que não passa pela mera comprovação da formal assinatura das partes[40]. Devendo o predisponente evitar uma redacção ambígua[41], o legislador considera «relativamente proibidas» as cláusulas que «consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir», que permitam resolver o contrato «...sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção» ou «afastem injustificadamente, as regras relativas ao cumprimento defeituoso..."» (al. c) do art. 19º e als. b) e g) do art. 22º,1 do DL nº 446/85[42]). Abrindo um parêntesis, há que dizer que a circuns-

verificado o pressuposto, o evento, erigido em causa de resolução». No tocante ao mesmo controlo em contratos de seguro facultativos, a RL, em ac. de 4/2/1999 (ARLINDO ROCHA), *in CJ*, ano XXIV, 1, 1999, p. 104, foi condenada uma Seguradora a abster-se de utilizar cláusulas contratuais gerais violadoras do art. 22º,1 b) do DL nº 446/85 (a cláusula em causa previa que «o presente contrato pode ser resolvido, quer pela Seguradora, quer pelo Tomador do Seguro, mediante aviso prévio por escrito, à outra parte, com 30 dias de antecedência»).

40 A RL, no ac. de 22/12/2008 (SILVA SANTOS), cit., considerou válidas cláusulas colocadas no verso do contrato já que no rosto do mesmo constava que "o locatário declara conhecer e ter sido esclarecido sobre o conteúdo e alcance de todas as cláusulas do verso deste contrato, ás quais dá o seu acordo". Em sentido contrário, ver o ac. do STJ, de 7/1/2010 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), *in www. dgsi.pt.*

41 Como diz SOUSA RIBEIRO, «O princípio da transparência no direito europeu dos contratos», *in Direito dos contratos (Estudos)*, Coimbra, 2007, p. 88, «são contrárias à boa fé e abusivas, por intransparentes, as indicações obscuras, através de fórmulas excessivamente complicadas, mas também as cláusulas enganadoras...». Como exemplo dessa ambiguidade é de referir, nos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas, a amálgama/confusão entre cláusulas e fundamentos relativos à suspensão de acesso, à cessação e à resolução do contrato. A necessidade de garantir a transparência, sobretudo no crédito ao consumo, está patente no art. 77º, 2, 3 e 6 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo DL nº 298/92, de 31 de Dezembro, na redacção introduzida pelo art. 3º do DL nº 211-A/2008, de 3 de Novembro. Também se postula, no seu nº 5, que «os contratos celebrados entre as instituições de crédito e os seus clientes devem conter toda a informação necessária e ser redigidos de forma clara e concisa».

42 Ver, para uma alusão ao problema, ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 82 e 171. O regime das condições contratuais gerais é aplicável aos contratos de seguro (por remissão expressa do art. 3º do DL nº 72/2008, cit). Ver, no BGB, o § 307para o «*Inhaltskontrolle*» feito com o recurso ao princípio da boa fé e o § 308,3 para a «ineficácia» da «*Rucktrittsvorbehalt*» sempre

tância de não se considerar proibida, perante este diploma, uma cláusula em que «a inobservância por qualquer das partes das obrigações assumidas nos termos destas condições gerais e da lei constitui justo motivo de resolução imediata»[43], não impede que se venha a colocar a questão de um tom genérico[44], que, aliás, é patente sempre que se preveja que o contrato «pode ser resolvido por qualquer das partes nos termos gerais do Direito», seguindo-se uma lista meramente exemplificativa de situações relevantes[45].

As regras protectoras que, de forma sintética, estamos a evidenciar, estão, de resto, referenciadas na Lei de Defesa dos Consumidores[46] face aos deveres que recaem sobre os fornecedores de bens e prestadores de serviços no sentido da exigência de uma «redacção clara e precisa...das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares» e de proibição da «inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor».

Mas o legislador também não deixou, de forma mais específica, de *conter* a disciplina unilateral da desvinculação resolutiva, editando *normas sectoriais imperativas* (absolutas ou relativas) no contrato de seguro (cfr., por ex., os arts.

---

que não haja, por parte do predisponente, uma «*...sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen*».

[43] Cfr. o ac. do STJ, de 23/11/1999 (GARCIA MARQUES), *in www.dgsi.pt*.

[44] Uma das cláusulas do contrato de locação financeira, referido no ac. da RL, de 22/12/2008 (SILVA SANTOS), cit., padecia dessa natureza indeterminada e estava redigida em termos pouco claros («o presente contrato pode ser resolvido pela locadora, sem qualquer outra formalidade, oito dias após a comunicação de resolução ao locatário, por carta, caso este não cumpra pontualmente as obrigações para si decorrentes do contrato . »). Nas condições gerais de um contrato de locação financeira que consultámos, estava previsto que «para além dos demais casos de resolução decorrentes da lei e do presente contrato, este poderá ser resolvido em caso de incumprimento de qualquer uma das obrigações do locatário...». À indeterminação desta cláusula acrescia, no texto das mesmas condições gerais, uma outra "cláusula resolutiva" («locador e locatário acordam em considerar que o incumprimento, temporário ou definitivo, das obrigações emergentes de outras operações de concessão de crédito entre ambos celebradas...é causa objectiva de perda de interesse contratual na manutenção de vigência do presente contrato...») de legalidade duvidosa face ao actual DL nº 133/2009 e à mera previsão de contratos acessórios do contrato de crédito.

[45] Num contrato de prestação de serviços de comunicações electrónicas a que tivemos acesso pode ler-se que «qualquer das partes podera exercer o direito de resolução em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso de qualquer uma das obrigações assumidas pela outra ao abrigo das Condições dos Produtos e Serviços...».

[46] Art. 9º, 2, a) e b) e 3.

23º,3, 61º e 117º, 3[47] e 4 do DL nº 72/2008][48], nos contratos de crédito ao consumo [cfr. os arts. 16º, 4, 18º, 3 e 4, 20º e 26º,1 do DL nº 133/2009][49] e no forneci-

[47] Sufragando a solução do normativo, ver MOITINHO DE ALMEIDA, cit., pp. 9-10.

[48] À luz da al. b) do art. 22º do DL nº 446/85, cit. e do actual art. 116º do DL nº 72/2008 é compreensível que a RL, em ac. de 27/2/2003 (ROSA MARIA COELHO), *in www.dgsi.pt*, tivesse considerado nula a seguinte cláusula: «Qualquer das partes pode, a todo o tempo, reduzir ou resolver o contrato, mediante comunicação à outra parte, com antecedência mínima de trinta dias, com relação à data em que a redução ou resolução produz efeitos». Para o controlo da mesma tipologia de clausulado nos contratos de emissão de cartões de crédito, ver JOANA VASCONCELOS, «O contrato de emissão de cartão de crédito», *in Estudos dedicados ao Prof. Doutor M. JÚLIO DE ALMEIDA COSTA*, Lisboa, 2002, p. 744.

[49] Relativamente aos contratos de emissão de *cartões de crédito ou de débito*, o Aviso do Banco de Portugal nº 11/2001, de 20 de Novembro, para lá de ter em conta o regime das cláusulas contratuais gerais, procede à enumeração de uma série de «direitos e obrigações» que devem constar do contrato, como é o caso das «situações em que as partes podem resolver o contrato e os seus efeitos» (ponto 12) do nº 6º). Nas actuais condições contratuais inseridas em contratos de utilização de cartões bancários é possível encontrar cláusulas resolutivas, que satisfazendo, embora, a imperatividade legal não deixam de revelar alguma vaguidade: «O Banco pode, em caso de utilização abusiva dos Cartões, de incumprimento, por parte dos Titulares, de obrigações decorrentes de contratos celebrados com o Banco ou de verificação de registo de incidentes, em nome daqueles, junto do Banco de Portugal, resolver de imediato o contrato e exigir a devolução dos cartões...»; «Em caso de incumprimento do presente contrato de crédito, o Banco pode invocar a perda do benefício do prazo e/ou a resolução do contrato se, cumulativamente, ocorrerem as circunstâncias seguintes: ...» (transcrição do art. 20º,1 do DL nº 133/2009). As nossas reservas são maiores ao vermos, noutras condições gerais, a separação não compreensível entre os casos de cancelamento/restituição do cartão (por ex., por «mora ou incumprimento das condições de pagamento da dívida») e os casos que originam a sua resolução (um dos quais é, precisamente, o incumprimento nos termos estabelecidos pelo art. 20º,1 do DL nº 133/2009, ao lermos que o contrato «...pode ser resolvido por qualquer das partes, nos termos gerais do Direito», ao constatarmos, como situações exemplificativas, «a revogação ilegítima de ordens que tenha dado de utilização do cartão», «a não efectuação de qualquer movimento com o cartão nos 6 meses anteriores à data da prevista reemissão» e ao verificarmos que segundo a instituição de crédito «a resolução do contrato importa o imediato vencimento da dívida...».

É interessante a análise feita por G. POISSONNIER («Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit á la consommation», *in D./chr.*, nº 5, 2006, pp. 371 e ss.) a um conjunto de cláusulas integradas em contratos de crédito ao consumo e que permitem ao mutuante resolver o contrato por razões não atinentes à obrigação essencial do mutuário/consumidor. Entre as cláusulas (abusivas) analisadas figuram as que obrigam o consumidor a informar *genericamente* de toda a alteração da sua situação pessoal (relativamente à informação sobre o estado de saúde do consumidor, G. POISSONNIER entende que se trata de uma «discriminação», de «uma desconfiança das pessoas doentes, frágeis ou vulneráveis.. contrária ao princípio da igualdade dos consumidores perante a lei»), familiar e patrimonial, a relativa ao incumprimento de outro contrato de crédito com o mesmo credor, a que permite a «*résiliation*» na presença

mento de serviços públicos essenciais (como a energia eléctrica, o gás natural[50], o serviço de telefone e as comunicações electrónicas – cfr. os arts. 5º, 10º e 13º da Lei nº 23/96, na redacção introduzida pelas Leis nº 12/2008 e 24/2008). Nos termos destas disposições não é possível, por ex., num contrato de prestação de serviços de comunicações electrónicas, predispor uma cláusula resolutiva para a falta de pagamento de um serviço não público, incluído na mesma factura, a não ser que haja uma indissociabilidade funcional entre ambos.

Regressando ao acórdão de 19/11/2009, sabemos que o contrato entre um cliente e uma empresa de telecomunicações móveis foi celebrado com o recurso a condições gerais, entre as quais a referida cláusula 13.4. Será que esta condição respeitou o enquadramento normativo aplicável? Neste aspecto não vemos que a cláusula, à data da celebração do contrato (4 de Março de 2006), tenha violado as regras de exploração previstas nos arts. 47º e ss. da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro) referentes aos contratos entre os utilizadores e as empresas que oferecem redes e serviços telefónicos acessíveis ao público[51]. E referimos este diploma na medida em que o seu art. 127º,2 excluiu o serviço de telefone do âmbito protector da Lei nº 23/96. Se o serviço tivesse sido prestado até 10 de Fevereiro de 2004 diríamos que, na verdade, a cláusula 13.4 não deixou de observar o disposto no nº 2 daquele art. 5º e que dispunha que «em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só poderá ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de oito dias

---

de um «evento indefinido», em caso de informações falsas ou inexactas ou por cessação do contrato de seguro de vida existente. Quanto a este último ponto, ver, entre nós, para a tutela do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação, o DL nº 222/2009, de 11 de Setembro (cfr., contudo, o seu art. 3º relativo à «união de contratos»).

[50] Para lá da Lei nº 23/96, de 26 de Julho (com as alterações das Leis nº 12/2008, de 26 de Fevereiro e 24/2008, de 2 de Junho), ver os arts. 22º e 23º do DL nº 31/2006, de 15 de Fevereiro e o Anexo à Portaria nº 929/2006, de 7 de Setembro (nos contratos celebrados com os clientes, devendo «as condições contratuais ser equitativas, transparentes e previamente conhecidas», uma das especificações tem a ver com a existência do «direito de rescisão».

[51] Nos termos do nº 2 do art. 127º da Lei nº 5/2004 o serviço de telefone foi excluído do círculo de aplicação da Lei nº 23/96, tendo aquela lei revogado diplomas de 1999 relativos aos Regulamentos que estabeleciam as condições gerais de prestação do serviço fixo de telefone e de exploração dos serviços de telecomunicações de uso publico (por ex., o art. 15º,3 do DL nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, referia-se à mora dos utentes). É de assinalar que a Lei nº 23/96, a partir de 2008, passou a incluir no seu âmbito protector o serviço de comunicações electrónicas, sendo de aplicar aos serviços de telefone, fixo ou móvel, prestados nas relações contratuais existentes à data da sua entrada em vigor.

relativamente à data em que ela venha a ter lugar»[52]. Se relembrarmos o texto da cláusula e tivermos em conta o factualismo provado, também verificamos que foram cumpridas as exigências do nº 3, ou seja, indicação ao utente do motivo da suspensão e meios de a evitar. Nem sequer seria possível, face «ao carácter injuntivo dos direitos» (art. 11º[53]), limitar ou excluir o procedimento descrito. Por outro lado, a cláusula está redigida de forma clara, surgindo naturalmente a referência à «rescisão» (meio extintivo) como consequência lógica de uma suspensão/desactivação não evitada (meio compulsivo). Não sendo esse o normativo a ter em conta mas o do art. 52º («suspensão e extinção do serviço») da Lei nº 5/2004, o nº 1 do citado preceito também prevê a suspensão da prestação do serviço «...em caso de não pagamento de facturas, após pré-aviso adequado, de oito dias, ao assinante», estatuindo o nº 4 que «a extinção do serviço por não pagamento de facturas apenas pode ter lugar após aviso adequado, de oito dias, ao assinante». Esta questão do enquadramento normativo (com interesse no próprio plano prescricional) não foi sequer considerada pelas instâncias, embora, no plano da conformidade legal, nada houvesse a apontar à citada cláusula.

6.3. Para lá do controlo da *legalidade* (respeito pelas disposições legais imperativas genéricas e específicas e adequação ao regime das condições contratuais gerais) e da *identidade* (ambiguidade e falta de caracterização do fundamento relevante) da cláusula resolutiva expressa, continua a permanecer a dúvida de saber se é possível um *controlo superior* (ou de terceiro grau) que não se cinja a uma mera verificação/certificação dos pressupostos resolutivos, nem tenha a ver com a constatação de uma conduta não cooperante ou de incumprimento por parte do beneficiário ou mesmo de um seu comportamento contrário a boa fé (por ex., o legitimado fez a interpelação cominatória estando a contraparte de férias ou impedida de cumprir a prestação de obra a seu cargo). Mais concretamente, é de respeitar o estabelecimento de um *«qualquer motivo»*[54] *como fundamento resolutivo, a atribuição de valor resolutivo a uma simples mora no cumprimento de uma pequena prestação pecuniária ou a um incumprimento de uma prestação acessória, a dispensa da conversão da mora em incumprimento definitivo (resolução imediata) quando o devedor não teve tempo para cumprir a prestação de facto ou se*

[52] Na nova redacção desse nº 2 (Lei nº 12/2008, cit.) a moratoria não pode ser inferior a dez dias.

[53] Ver o art. 13º do texto actual do diploma

[54] ROMANO MARTINEZ, cit., p. 170

trata de uma prestação remediável, a estipulação de um prazo muito curto de purgação da mora, a interpelação para pagamento com um escasso prazo de cumprimento, a fixação de uma "causa injusta" ou aparentemente justa, a convenção de uma retroactividade inadequada, a valoração, para efeitos resolutivos, de um incumprimento parcial inimputável, sendo certo que o cumprimento parcial não afectaria (nem afectou) os interesses da parte legitimada ou um incumprimento parcial imputável pouco relevante? Por outras palavras, vale por si mesmo qualquer acordo determinativo do conteúdo da gravidade resolutiva?

Com excepção do controlo inibitório (em abstracto) que é possível fazer-se na contratação por adesão, a resposta a dar ao quesito é independente de ter havido ou não negociação dos termos contratuais. Aquilo que, no seio das condições contratuais gerais, corresponde a uma cláusula resolutiva «abusiva», poderá ter, como correspectivo, na contratação livre, uma cláusula resolutiva «distorcida», «disfuncionalizada» ou, mesmo, abusiva. Esta questão da fiscalização do conteúdo da cláusula confronta-se com argumentos contrastantes, se pensarmos que, por um lado, há que respeitar a autonomia das partes, a sua aferição do fundamento resolutivo (naturalmente, respeitando os limites já traçados), a necessidade de tornar útil essa fonte convencional do direito de resolução e, que, por outro, este mesmo direito tem uma racionalidade própria, avessa a «facilitismos», enquanto via extintiva (não conservadora) que repousa em fundamentos legais fortes. Na perspectiva das partes esse contraste é evidente pois o legitimado, com base no fundamento acordado ou predisposto, irá resolver o contrato, enquanto o outro contraente, independentemente da avaliação feita no momento formal da celebração contratual, poderá vir alegar a «injustiça concreta» da clausula em que confiou, um novo circunstancialismo ou que o seu incumprimento não provocou «dano» relevante, nem tornava inviavel a conservação do contrato ou a consecução da finalidade pretendida.

A nossa doutrina, embora de uma forma sumaria, tem abordado a questão da *apreciação valorativa da cláusula resolutiva*, sobretudo a partir do momento em que Baptista Machado[55], em 1979, afirmou que a «definição da importância do inadimplemento ...não pode ser absoluta – isto é, não pode ir ao ponto de permitir estipular que ate um inadimplemento levíssimo, de todo insignificante na economia do contrato, possa dar lugar à resolução. Pois que a cláusula resolutiva não pode ser tal que, pela sua «exorbitância», entre em

[55] «Pressupostos...», cit., p. 187.

conflito com o princípio da boa fé contratual...». Em 1982[56], com confirmação em 1987[57], escrevíamos que a contraparte «deverá ser protegida (em nome da boa fé e da conservação contratual) da introdução de cláusulas resolutivas para violações contratuais, subjectiva e objectivamente pouco graves». Numa altura em que ainda não tinha sido publicada legislação específica sobre os contratos de adesão, tínhamos o entendimento que os tribunais deviam pronunciar-se sobre a «adequação» da cláusula, inserida ou não nesse tipo de contratação, por aplicação do «conteúdo «normativo» das regras dos arts. 802º,2 e 808º,2 do C.C.»[58]. Calvão da Silva[59], em 1987, apoiado na lição de Baptista Machado, começando por afirmar, correctamente, que «o juiz.. não pode deixar de ter presente a circunstância de as partes terem valorado previamente a gravidade da inadimplência a que voluntariamente atribuíram carácter de essencialidade e fundamento de resolução», também sustentou que o mesmo juiz devia «ver, designadamente, se as partes procederam àquela valoração em conformidade com os ditames da boa fé e fim contratual, não estipulando, por exemplo, um incumprimento insignificante ou de alcance diminuto no contexto contratual». Dois anos antes, Pinto Monteiro[60], avocando, igualmente, o ensinamento de Baptista Machado, opinava que não devia «.. permitir-se, em princípio, às partes estipularem...que até um não cumprimento levíssimo, de todo insignificante na economia do contrato, possa dar lugar à resolução, atento o princípio da boa fé contratual...»[61].

Outros juristas tem, contudo, partido de posições aparentemente mais favoráveis à liberdade de estipulação, como é o caso de Antunes Varela[62], Menezes Leitão[63], Romano Martinez[64] e, sobretudo, pelo menos em certo contexto, de Ana Prata. Esta jurista, em 1985[65], enquadrando as cláusulas resolutivas numa discutível logica de «agravamento das condições da responsabilidade do devedor», discordava do pensamento de Baptista Machado (e da nossa po-

---

[56] *A resolução...*, cit., p. 96 (pp. 92-93 da reimpressão de 2006).

[57] *Do incumprimento do contrato-promessa..*, cit., p. 60.

[58] *A resolução...*, cit., pp. 96, nota 243 e 98 (pp 93, nota 243 e 94 da reimpressão).

[59] *Cumprimento...*, cit., p. 324.

[60] *Cláusulas limitativas e de exclusao de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, p. 211, nota 453

[61] Apelando para a aplicação dos arts 334º 802º,2 e 808º,2, ver GRAVATO MORAIS, cit., p. 173.

[62] Cit., p. 276

[63] *Direito das Obrigações*, II, 7ª edição, Coimbra, 2010, p 107.

[64] Cit., p. 170.

[65] *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Lisboa, 2005 (reimpressão), pp. 46 e ss.

sição), considerando «incongruente» e «estranho que se duvide da validade da cláusula resolutiva que prefigure, como fundamento de resolução, um inadimplemento pouco grave, quando, do mesmo passo, se não suscitam dúvidas quanto à cláusula que preveja uma resolução *ad nutum*...». Com o devido respeito, a autora parte de uma ou outra hipótese mais particular de resolução legal discricionária para sufragar, na resolução convencional, um ponto de vista...geral. É, por isso, que colocamos reservas quando vemos Ana Prata afirmar que «aceite a validade da cláusula que invista uma das partes na faculdade de resolver o contrato independentemente da verificação de qualquer motivo, por maioria de razão parece, com efeito, admissível a convenção que faça depender o direito à resolução de um qualquer...incumprimento». Esta posição mais liberal parece entroncar no pensamento italiano dominante (a jurista cita Busnelli), já que a invocação de Antunes Varela[66] não nos parece concludente tendo em conta que este jurista, aceitando como fundamento resolutivo «... um *facto* que não seja, em bom rigor, causador de um dano para o titular do direito», não toma posição sobre a significância ou não desse mesmo facto. Ana Prata, apesar de tudo, acaba por admitir o controlo pela boa fé e exigir a «lesão de um interesse do contratante que a promove». Mais tarde, em 1994[67], a jurista continuou a relevar a «lei e a boa fé» como limitações ao conteúdo das cláusulas resolutivas.

Já que falamos de Busnelli convém, na verdade, salientar, que a jurisprudência e a doutrina italiana dominantes (para lá de Busnelli, ligada a nomes como os de Barbero, Giordano, Distaso, Smiroldo e Borrione)[68], ao questionarem a aplicação ou não do art. 1455º («*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti há scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*») do *Codice Civile* à hipótese prevista no art. 1456º («*clausola risolutiva espressa*»), têm recusado essa interferência ou «limitação externa», entendendo que essa gravidade já está previamente definida na cláusula resolutiva, é da reserva exclusiva dos contraentes, valendo o incumprimento *in re ipsa*. De outra forma, segundo essa perspectiva dominante, ficaria afectada a autonomia privada, negando-se a avaliação soberana das partes e o seu efeito vinculativo, com o corolário da conversão de uma desejada resolução «*di diritto*» numa resolução «*giudiziale*». Contudo, autores mais

---

[66] *Das Obrigações em geral*, II (reimpressão da 7ª ed.), Coimbra, 2001, p. 276.

[67] *O contrato-promessa e o seu regime civil* (2ª reimpressão da ed. de 1994), Coimbra, 2006, p 734.

[68] No Projecto GANDOLFI a norma (art. 114º,2) dedicada à resolução convencional também refere que «*l'inadempimento stesso si considera in ogni caso di rilevante importanza...*»

modernos, como Turco[69] e Grondona[70] têm colocado reservas a esse pensamento dominante, desmontando, de alguma forma, os seus argumentos (formais e outros) e atribuindo ao princípio da boa fé uma importância decisiva. Não pondo de lado a hipótese do art. 1455º funcionar como norma geral, é, sobretudo, na conexão autonomia privada-princípio da boa fé que os dois juristas procuram rejeitar o dogma da absoluta ausência de controlo por parte dos tribunais. Entendendo que a boa fé, mediatizada pelo art. 1455º, é decisiva para o «*riequilibrio delle posizioni di potere economico-contrattuale*» e valorando, pois, esta função «*perequativa*» do princípio, os dois juristas[71] entendem admissível o controlo não só na ausência de uma autonomia «*sostanziale ed effettiva*» de ambas as partes, traduzida numa posição paritária no acto de regulação dos interesses, mas também como forma de «*correggere le discrasie*» patentes na «*vicenda negocial concreta*»[72]. Por outras palavras, tendo o contrato uma cláusula resolutiva que beneficia exclusivamente um contraente, a autonomia privada carece, as mais das vezes, de mecanismos correctores que possibilitem uma avaliação externa que, em função do todo contratual e dos interesses de ambos os contraentes, se pronuncie sobre a adequação da resolução invocada...pela parte que teve interesse na sua consagração. Será, pois, segundo Grondona[73], o tribunal que, «*in funzione riequilibratoria*» e com base num «*giudizio di buona fede*», patente no art. 1455º, irá valorar a gravidade do incumprimento, tendo em conta o «*interesse negoziale*» e a «*economia del contratto*», com a finalidade de evitar um aproveitamento injustificado pela parte que pretendeu resolver o contrato a partir «daquela» cláusula.

Também no direito francês, onde a «*clause résolutoire*» retira ao tribunal a possibilidade de sindicar a gravidade do incumprimento e de conceder «prazos de favor», existem mecanismos legais que, em certos contratos (arrendamentos comerciais e para habitação), tentam minorar os perigos dessas clausulas, ligando-as ao incumprimento de «faltas essenciais». E se a jurisprudência francesa coloca determinados requisitos à sua eficácia, que se prendem, sobretudo, com a forma da sua redacção e a concessão de um prazo

[69] Cit, pp. 141 e ss.

[70] Cit., pp. 35, 47 e ss., 52 e 117.

[71] Ver, ainda, BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, Milano, 1994, pp. 315 e s. e BORRIONE, cit., pp. 294 e ss., para a defesa da interpretação do contrato segundo a boa fé. BIANCA, partindo do exemplo da reserva de resolução a favor de um comprador por vícios na coisa comprada, entende que a cláusula não terá sido redigida para abarcar todo e qualquer vicio, todo e qualquer defeito.

[72] TURCO, cit., p. 225.

[73] Cit., p. 53.

suplementar ao faltoso[74], o art. 167º do Projecto de reforma do Direito das Obrigações reflecte essas preocupações ao subordinar a resolução a uma «*mise en demeure infructueuse*» (com menção da cláusula resolutiva) sempre que não tenha sido acordada a suficiência do «*seul fait de l'inexécution*». Juristas como Picod[75] (retomando a perspectiva "moralista" que Ripert adoptara no seu célebre *La régle moral dans les obligations civiles*) e Osman[76], conscientes da suspeição que pesa sobre as cláusulas resolutivas expressas, vem aludindo, desde a década de 90, a esse «poder moderador» do tribunal, no sentido do controlo das atitudes desleais do beneficiário (na fase formativa e nos comportamentos posteriores), na exigência de uma vontade inequívoca (de resolução extrajudicial), no respeito pela boa fé, tida por «*clef de voût*» e com incidência na «*mise en oeuvre*» dos pressupostos resolutivos (por ex., exigência de uma «*mise en demeure*» adequada no seu conteúdo informativo e no prazo concedido ao faltoso) e na insuficiência de um incumprimento «*d'importance mineure*».

6.4. Os nossos tribunais têm, em certas decisões, chamado a atenção para o problema, procedendo, mesmo, ao controlo dos fundamentos resolutivos e indo para lá da mera constatação da existência da cláusula e da declaração resolutiva. Também é verdade que, nalguns casos, a intervenção judicial teve mais a ver com a verificação dos pressupostos subjacentes à eficácia da cláusula resolutiva.

Em ac. do STJ, de 19/4/1995[77], relatado por Torres Paulo, tendo o tribunal aceite a natureza determinada da cláusula resolutiva («o incumprimento de qualquer das cláusulas por parte do promitente comprador determina...a rescisão do contrato...») e reconhecido «que o controlo judicial terá de operar sobre uma valoração pouco grave de perturbação contratual efectuada pelas partes», veio a reconhecer gravidade ao incumprimento de certa cláusula («Os promitentes compradores obrigam-se, no prazo máximo de 5 dias, a contar da notificação do deferimento do empréstimo, a dar da mesma conhecimento aos promitentes vendedores») em atenção, para lá de outras razões, ao interesse dos promitentes vendedores (que precisavam do dinheiro da venda para

[74] Ver, por todos, PH. MALINVAUD/D. FENOUILLET, cit., pp. 404-405.

[75] «La clause résolutoire et la règle morale», *in La Semaine Juridique*, Éd. Gen.., nº 20, 1990, nº 3447.

[76] «Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause résolutoire de plein droit», *in Défrenois*, 1993, pp 65 e ss

[77] *In CJ/STJ*, ano III, 2, 1995, pp. 39 e ss

adquirirem outro andar). No voto de vencido de Afonso de Melo, com um certo realismo, chama-se a atenção para a natureza «secundária» dessa obrigação, «sem repercussão na data a fixar pela instituição de crédito para a outorga da escritura de compra e venda».

No sumário do ac. de 29/11/2006, relatado por Alves Velho[78], é salientado que «o direito de resolução tem de ser aferido à luz da gravidade do incumprimento, segundo um critério objectivo, relevando a projecção do concreto incumprimento, quanto à sua natureza e extensão, no interesse do credor, tudo valorado com intervenção das regras da boa fé, da proporcionalidade e da adequação». Havendo no contrato uma cláusula em que o incumprimento de qualquer das obrigações emergentes do contrato, por parte de cada um dos promitentes, conferia ao outro «o direito de, imediata, automática e independentemente de qualquer prazo, resolver o presente contrato...» e não tendo ficado demonstrada a essencialidade do prazo de outorga da escritura de compra e venda, o Supremo considerou ilegítima a declaração resolutiva do promitente-vendedor, ao valorar o incumprimento do promitente-comprador com «escassa importância» (a escritura foi marcada para o terceiro dia subsequente ao termo do prazo) e ao ter em conta o comportamento da outra parte (entre o fim do prazo e data da escritura mostrou disposição para celebrar a escritura a troco de uma certa importância). Chamando a atenção para o «dever de agir com lealdade e correcção e com razoabilidade do ponto de vista da relação de confiança» e para «a regra da proporcionalidade e da adequação», o Supremo, chamando à colaçao os arts. 334º, 762º,2 e 802º,2, denegou o direito que a cláusula conferia já que se tinha tratado de um «atraso sem repercussão económica relevante na economia e no desenvolvimento do programa contratual». Numa decisão anterior, datada de 14/11/2006, o mesmo Conselheiro Alves Velho tinha colocado a questão valorativa numa hipótese menos complexa e em que esteve em causa a falta de pagamento do aluguer de um equipamento e a invocação das cláusulas que previam a resolução Vendo na falta de pagamento do aluguer uma «situação concreta e objectiva de incumprimento», entendeu-se que não havia que «formular qualquer juízo valorativo sobre o fundamento da resolução a demonstrar judicialmente como pressuposto da declaração, pois o mesmo já esta prefixado e predefinido por acordo das partes, bem como incluído no programa contratual...».

A propósito do aluguer de uma fotocopiadora e da análise de uma cláusu

---

[78] Como vimos, *supra*, nota 31, o aresto considerou, ainda, o problema do teor indeterminado da cláusula.

la resolutiva, a RL, em ac. de 24/1/2008, relatado pelo Desembargador António Valente, sendo questionado se o incumprimento constante de convenção pode gerar ou não uma «imediata ruptura contratual», afirma que «...o critério definido no art. 808º não é apenas aplicável aos casos de resolução legal mas também, como critério geral, aos previstos contratualmente». Para a Relação só é dispensável a interpelação cominatória «...desde que, objectivamente considerada, tal cláusula revele existir justificação do credor no desinteresse pela realização da prestação».

Julgando uma hipótese próxima da que motivara o já referido ac. do STJ, de 29/11/2006, a RP, no seu bem estruturado ac. de 1/7/2008, relatado por Marques de Castilho, depois de aderir à tese da necessidade de um incumprimento definitivo como pressuposto da resolução do contrato-promessa e de tecer considerações teóricas sobre a resolução convencional, salientando que o fundamento tem de ter, segundo a boa fé, «relevância significativa no contexto e fim contratual», apoiado nas *rationes decidendi* que se encontram naquela decisão superior e nos escritos de Baptista Machado, entendeu que a resolução declarada pelo promitente-vendedor violara a «...a regra da boa fé...e a regra da proporcionalidade e da adequação...». Face ao comportamento de ambos os promitentes (os promitentes vendedores deixaram passar o prazo limite para marcação da escritura e os promitentes vendedores, depois de terem alertado os primeiros para as consequências da sua omissão, não compareceram na data, entretanto, marcada por alegadamente não terem recebido essa comunicação dos promitentes faltosos) e às consequências da atitude resolutiva (tinha sido prestado um sinal no valor de 140.000), o tribunal sustentou não poder a cláusula resolutiva («a falta de pagamento da importância mencionada na cláusula terceira, bem como a falta de comparência para a celebração da escritura pública será considerada como incumprimento do presente contrato, suficiente para constituir justa causa de rescisão do mesmo...») ser aplicada mecanicamente em desfavor do promitente-comprador. Tendo o tribunal decidido bem, até porque era o promitente-vendedor que estava em mora, temos a convicção de que, mais do que valorar a cláusula, estava em causa uma sua correcta interpretação no sentido de saber se era de exigir um incumprimento culposo. Por outras palavras, mais do que a justiça concreta da cláusula, estava em causa a materialidade ou os pressupostos da sua aplicação.

6.5 Há que concluir. *Uma primeira reflexão leva-nos a dizer que, tendo os contraentes dado o seu acordo ao clausulado ou tendo um dos contraentes aderido às condições gerais predispostas e não havendo razões para declarar uma invalidade por ofensa às normas não dispositivas, por abuso do poder de predisposição, por viciação da vontade ou prática discriminatória ou desleal, parece que qualquer cláusula resolutiva deve valer por si, em homenagem ao "princípio do contrato", não sendo o seu conteúdo sindicável pelos tribunais, nem podendo a parte não beneficiária reagir (em contradição) contra a sua invocação*[79]. *Por outras palavras, a especificação do incumprimento, qualquer que ele seja, traz consigo uma prévia valoração da sua importância, gerando, nas palavras de Turco*[80], *uma «presunzione assoluta di gravità (o di irrelevanza della effettiva gravità)»*.

Se terminássemos agora o nosso estudo daríamos razão a Calvão da Silva[81] quando afirma que o juiz «...se for chamado a intervir, apenas exerce um controlo da legalidade da resolução, limitando-se a declarar a sua existência e a sua eficácia». Só que, independentemente das razões que estão na génese da resolução convencional, é sabido que entre ela e a resolução legal não há diversidade de escopo final, ou seja, ambas conferem à parte legitimada um poder de desvinculação contratual. E é, desde logo, por esta funcionalidade comum, *que seria estranho dar cobertura executiva à plena liberdade de fixação de um pressuposto que, para lá da observância das estritas normas imperativas, se afastasse substancialmente dos princípios que regem o exercício do direito legal de resolução*. Mesmo sem um desiderato fraudulento, a resolução não deve ganhar espaço através de cláusulas resolutivas cuja aplicação faça tábua rasa de *limitações fundamentais*. Por outras palavras, o respeito pela vontade das partes ou pela certeza ou segurança procuradas, não deve aceitar uma liberdade contratual traduzida numa «cláusula de poder», formalmente acordada e sem violar as regras legais «paternalistas» ou de ordem pública, *mas cujo conteúdo ou eficácia se mostrem em contraste com determinados princípios não disponíveis*[82], *com o comportamento das partes, a chamada economia do con-*

---

[79] Parece ser essa a doutrina do direito anglo-saxónico quando faz prevalecer a "*express provision for determination*" (nos casos de "*specified failure*") sobre a necessidade de uma "*substancial failure*" (cfr. TREITEL, *The law of contract*, 12ª ed , London, 2007, pp. 898-899). Esta posição de que o clausulado assume "*primary importance*" não é, contudo, aceite sem reservas.

[80] Cit., p. 153.

[81] *Cumprimento...*, cit., p 325.

[82] CASTRONOVO (*apud* JUDITH MARTINS-COSTA, «A boa fé objectiva e o adimplemento das obrigações», *in RBDC*, nº 25, 2004, pp. 239-240, nota 26) refere-se a uma "*eteronomia non*

trato e com as circunstâncias concretas da sua invocação. Aliás, não estando os contraentes em estrita posição de paridade, como sucede em regra, a aceitação do clausulado inspira-se muitas vezes nessa ausência de poder de negociação, *aproveitando o beneficiário da cláusula a ignorância ou as dificuldades avaliadoras de contraentes consumidores ou aderentes*. Não sendo defensável a existência de duas resoluções, a legal e a convencional, *assentes numa diversidade de princípios essenciais*, a parte legitimada não deve, pois, tirar proveito de um fundamento resolutivo (um incumprimento ou um outro evento) cuja gravidade, *maxime* nessa *dinâmica aplicativa*, não justifique o efeito drástico da cessação contratual (pensamos, desde já, na inserção contratual de prazos de cumprimento, tidos aparentemente por essenciais ou «fatais», mas que na complexidade e no circunstancialismo do contrato, é irrazoável, a não ser por razões puramente subjectivas/especulativas, que possam provocar uma ruptura imediata[83]). Diga-se, com insistência, que a possível intervenção judicial não pretende sobrepor-se à vontade manifestada mas *avaliar* em que medida a verificação *daquele* incumprimento (por ex., ficou convencionado que o contrato podia ser resolvido no dia a seguir à mora de um dos contraentes ou que o contrato podia ser resolvido com base na entrega de uma coisa com defeito) lesa irremediavelmente o interesse na manutenção *daquele* contrato, afastando outros possíveis remédios. Havendo necessidade de avaliar a repercussão do concreto incumprimento no todo negocial (o que pode exigir analisar o restante clausulado e o comportamento das partes na fase posterior à sua celebração) e de ter em conta os interesses de ambos os contraentes, *não há «destruição» da autonomia privada se o exercício do direito for paralisado por se chegar à conclusão que aquele incumprimento não era adequado para provocar aquela consequência (resolutiva)*.

É de assinalar que não estamos a falar de *questões interpretativas* (exi-

---

autoritaria...perchè si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica".

[83] Tendo por pano de fundo um contrato-promessa, no ac. do STJ, de 10/3/2005 (NEVES RIBEIRO), *in CJ/STJ*, XIII, 1, 2005, p. 128, é afirmado, a dado passo, que «o caminho da resolução automática não se compadece com a rectidão contratual e com a lealdade de actuação exigida a ambas as partes em todo o processo negocial ou pré negocial em que estão comprometidas, em negócios desta natureza e finalidade». Embora possamos discordar do tom assertivo do nº 1 do sumário do ac da RC, de 15/4/2008 (GRAÇA SANTOS SILVA), *in www.dgsi.pt* («Estando a resolução do contrato prevista em convenção das partes, está consentaneamente definido o facto que a fará desencadear, ou seja, o facto cuja ocorrência transforma a simples mora em incumprimento»), concordamos com a decisão final assente na «essencialidade de cumprimento dos prazos» (no caso, uma obra que devia ter sido concluída por um subempreiteiro em dois meses e oito dias ainda estava por acabar passados quatro meses e dezassete dias).

ge a cláusula culpa? Exige a cláusula um incumprimento definitivo?), nem da *certificação judicial da verificação do incumprimento* (por alegação da «culpa» atribuída ao legitimado*) ou da boa execução dos pressupostos fundantes* do direito clausulado (por ex., inexistência de excepção de não cumprimento, correcta conversão da mora em incumprimento definitivo, cumprimento dos prazos para a declaração resolutiva, etc.) e muito menos da «convolação» judicial para o regime legal por *insuficiente ou inútil determinação do fundamento convencional*. Efectivamente, num outro plano, o do *conteúdo/exercício do direito*, há que exigir que a cláusula resolutiva esteja traduzida num *fundamento concreto* que corresponda a *interesses sérios* (fruto de uma avaliação equilibrada e ponderada) e não a razões puramente subjectivas ou de mero capricho da parte legitimada (*a exigência de um «motivo justificativo» em sede de condições contratuais gerais deve ser encarado como princípio basilar de coerência contratual*)[84]. E isto independentemente do fundamento poder operar à margem da culpa ou poder ligar-se a eventos diferentes do incumprimento. Por outro lado, sabemos que, com poucas excepções, todo o edifício da resolução legal, geral e especial, nacional e não nacional, está construído na base da exigência de um *fundamento forte ou essencial* (*maxime*, um incumprimento definitivo ou uma mora qualificada), o que pressupõe, não havendo imediata perda de interesse pelo adimplente, a concessão ao faltoso de uma última oportunidade de cumprimento. Consequentemente, a própria avaliação inter-subjectiva não pode prescindir da consideração de um *mínimo de gravidade*, em função da *natureza* da obrigação não cumprida (essencial? acessória? adstrita a um valor de uso ou de troca?), da finalidade/importância do contrato (contrato de compra e venda ou de prestação de serviços? contrato-promessa sobre imóvel para habitação ou contrato-promessa sobre móvel de pouco valor? contrato real ou contrato pessoal?), da sua *duração* (contrato duradouro ou contrato com mero pagamento diferido?) e da *qualidade* das partes (paridade absoluta?), para que a cláusula, apesar da vontade dos contraentes, *não leve ao exercício de um direito que esteja em conflito com princípios superiores que limitam ou corrigem a própria autonomia privada como é o caso do princípio da boa fé, do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) e do princípio da inexigibilidade*[85], *no fundo manifestações mais*

[84] No art. 16º,4 do DL nº 133/2009, cit., a cláusula contratual que preveja a resolução do contrato de crédito de duração indeterminada tem que conter «razões objectivamente justificadas».

[85] Acompanhando a lição de BAPTISTA MACHADO a partir da redacção do art. 1083º,2, ver, por último, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, «Promessa de contrato, promessa de sinal e resolução – Ac

particulares daquele enquanto exigências, respectivamente, de uma conexão qualitativamente adequada entre o meio invocado e o resultado desvinculativo pretendido e da presença de um fundamento cessativo que corresponda a uma ideia materialmente justa.

Como diz, impressivamente, Pietro Perlingieri[86] «*la stessa autonomia privata, negoziale e contrattuale, non è um preconcetto, un dogma, ma è una nozione che si ricava da regole e princìpi vigenti*». O jurista, tendo consciência da «*necessità di un generale controllo sull'iniziativa privata*» e articulando o princípio da proporcionalidade com a «*ragionevolezza e adeguatezza*», não deixa de ver na valoração da gravidade do incumprimento uma das concretizações do princípio da proporcionalidade. Embora este princípio surja maioritariamente ligado à esfera do direito público[87] não deixa de valer, igualmente, para a esfera privada[88], sobretudo no seu sentido mais restrito de princípio da «justa medida» [89]. O *controlo por princípios superiores* não significa desvalorizar o papel fundamental da autonomia privada, enquanto dirigida à regulação e consecução de interesses, mas apenas, como salienta P. Gallo[90], de não deixar que esse desiderato seja conseguido «impondo» uma das partes à outra cláusulas resolutivas substancialmente lesivas e, acrescentamos nós, *de evitar um inadequado exercício do direito de resolução ao abrigo de uma mera legitimação formal, de uma autonomia «vazia» ou de uma injustiça material.*

Desenvolvendo as últimas considerações, diremos que o critério avaliador das partes deve ser mais «invasivo» no cumprimento das obrigações de contratos não duradouros e mais flexível nos chamados contratos de coopera-

---

do TRC de 12.2.2008», *in CDP* nº 25, 2009, pp. 45-46.

[86] «Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti», *in RasDC*, 2, 2001, p. 344. No mesmo sentido, considerando o princípio com aptidão para "derrogar" a «intangibilidade contratual», ver o seu estudo anterior intitulado «Nuovi profili del contratto», *in RasDC*, 3, 2000, pp. 560 e ss.

[87] Ver, entre nós, ANABELA LEÃO, «Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso», *in Comemoração dos 5 anos da FDUP*, Coimbra, 2001, pp. 999 e ss.

[88] Cfr. D. MEDICUS, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht», *in AcP*, 192, 1992, pp. 53 e ss. e ANDRÉ FIGUEIREDO, «O princípio da proporcionalidade e a sua extensão para o direito privado», *in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, II, Coimbra, 2008, pp. 23 e ss.

[89] S. TOMÁS DE AQUINO, na *Suma Teológica* (II-II, q. 57, art. 1), discorrendo sobre a questão de saber se o objecto da justiça é o direito, já entendia que «as coisas que se igualam também se ajustam».

[90] «Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto», *in RDCiv.*, 2002, p. 263.

ção (por ex., contrato de agência, contrato de instalação de lojista[91], contrato de *franchising*[92]), *sem que a tutela (contra si mesmo) da contraparte no primeiro grupo de casos esqueça que, em certos contratos (por ex., na locação financeira), o interesse mais relevante deverá ser o da parte legitimada. Por outro lado, mesmo que não se coloque a hipótese de controlar o conteúdo da cláusula nos termos em que o faz o art. 15º do DL nº 446/85, a valoração da boa fé e da proporcionalidade, para recusar a eficácia da resolução, deve ser mediatizada quer com os critérios consagrados no art. 16º do último diploma*[93]*, quer com os princípios (de validade geral) que é possível retirar de normas (protectoras do inadimplente) como as dos arts. 802º,2 e 808º,2*[94]*. Por*

---

[91] Para ANA AFONSO («Anotação ao acórdão do STJ de 13 de Setembro de 2007. O problema da qualificação e regime dos contratos de instalação de lojista em centro comercial», *in RCEJ*, nº 13, 2008, p. 89) o centro comercial é uma «concentração racionalizada de uma pluralidade diversificada de unidades comerciais, conforme um plano unitário, e o carácter multifuncional, que, aliando o consumo ao lazer, visa funcionar como factor atractivo do potencial comprador». Na p. 91, a jurista afirma que «...o lojista...pelo facto de se integrar numa organização colectiva, vê-se forçado a abdicar de alguma autonomia e a obedecer a regras gerais de funcionamento e organização do centro comercial, constantes de um regulamento interno». Concretamente, quanto à valoração das cláusulas incluídas no contrato, ANA AFONSO não deixa de entender que, para lá do controlo de «proibição», o tribunal deve verificar se existe «desproporção entre a tutela dos interesses do utilizador das cláusulas e a desconsideração dos interesses do lojista que se revele atentória da boa fé» (p. 100). CALVÃO DA SILVA («Centros Comerciais: atipicidade e validade das cláusulas gerais comuns», *in RLJ*, ano 136º, 2007, pp. 359 e ss.), ao anotar o mesmo aresto e depois de evidenciar essa «nova e específica forma de organização mercantil« (p. 365) analisa um conjunto de cláusulas «justificadas» por essa «realidade material», entre as quais a que, no contrato em litígio, previa a resolução para a violação da obrigação «do lojista exercer a actividade de forma continuada e ininterrupta durante todo o período de abertura ao público do Centro Comercial nos termos do Regulamento».

[92] A finalidade do contrato pode justificar certos fundamentos resolutivos, mesmo não culposos (ver, a este respeito, o ac. do STJ, de 29/4/2003 (LOPES PINTO), *in CJ/STJ*, XI, 2, 2003, pp 30 e ss. Para o conteúdo desse contrato, ver PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de franquia (Franchising)*, Coimbra, 2000, pp 25 e ss. e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de franquia (franchising)», *in DJ*, XIX, I, 2005, pp. 104 e ss. (conteúdo essencial e não-essencial do contrato).

[93] Mais do que nesse art. 16º, o §307, 2 do BGB considera como presunção de que a cláusula prejudica injustificadamente a contraparte se divergir da «*wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung*».

[94] Num domínio mais específico, ver, para o condicionamento da resolução da empreitada, o art. 1222º,1 e, para o «abuso de direito» pelo comprador de bens de consumo, o art. 4º,5 do DL nº 67/2003 (com a redacção do DL nº 84/2008, cit) É feliz a redacção do art. 1604º,2 do CC do Québec, ao prever a exclusão da resolução, mesmo havendo convenção em contrário, quando «*le défaut du débiteur est de peu d'importance*». Para a necessidade, como fundamento da resolução, do cumprimento defeituoso não ser «*unerheblich*» (a chamada «*Bagatellgrenze*»),

improvável perda objectiva de interesse e ausência de previsão de interpelação cominatória (o que parece contender com os «termos gerais» ou «termos da lei» visíveis em certos regimes contratuais), manifestamos reservas à possível eficácia de cláusulas resolutivas consagradas, sobretudo em contratos duradouros, para a mora no cumprimento de obrigações pecuniárias pouco significativas[95] (por ex., mora inicial ou intermédia de um mês nas prestações mensais da renda perpétua e vitalícia, no pagamento pelo arrendatário de um mês de renda[96], no pagamento pelo mutuário de uma quantia menor de juros, no pagamento de uma prestação na venda a prestações sem reserva de propriedade, no pagamento de uma renda – *royalties* - ou no pagamento de serviços jurídicos prestados ao franquiado no contrato de franquia e no pagamento de uma renda em locações financeiras celebradas antes da entrada em vigor do novo regime do crédito ao consumo[97]), para o incumprimento de deveres laterais não relevantes[98], para a violação episódica do limite de utilização de um crédito, para o cumprimento defeituoso que não torne o objecto da prestação inadequado, para o incumprimento, num prazo muito curto, de uma prestação de facto complexa ou com alegação de uma mera perda subjectiva de interesse. Nestes primeiros exemplos, a desvinculação, a operar, não estaria em sintonia com o fundamento invocado, dada a possível reversibilidade do incumprimento em falta. Como não controlar o exercício e a eficácia do poder de resolução se a retroactividade convencionada é injusta no quadro concreto restitutivo[99], se, apesar do incumprimento, a parte legitimada não perdeu o interesse no cumprimento posterior (atestado por ex., pela existência de uma

---

ver o § 323, V, 2 do BGB e, para a importância da boa fé no acordo das partes e no exercício do direito de resolução, ver os arts. 6:248,2 e 265,1 do CC holandês.

[95] Ver *supra*, n. 23, para as críticas feitas por MOITINHO DE ALMEIDA à solução prevista no art. 61º,2 do DL nº 72/2008.

[96] Ver, contudo, *supra*, n. 36.

[97] Discordamos, assim, de parte da fundamentação que se encontra no ac da RL de 24/4/2009 (NELSON BORGES CARNEIRO), *in www.dgsi.pt*, embora na locação financeira em causa não fosse duvidosa a licitude da resolução já que estavam em falta quatro rendas, prevendo o contrato que «a mora no pagamento de uma prestação de renda por um prazo superior a 60 (sessenta) dias permite à locadora resolver o contrato...».

[98] Para o art. 23º,2 do DL nº 72/2008 o incumprimento de deveres de informação a cargo do segurador não pode conduzir à resolução se a omissão não tiver «razoavelmente afectado a decisão de contratar...». Pensemos, igualmente, no defeito de informação sobre a situação familiar ou patrimonial do consumidor e que não interfira com a manutenção do crédito.

[99] No ac. do STJ, de 25/11/1999 (DUARTE SOARES), *in www.dgsi.pt*, o comprador de um veículo automóvel, depois de ter andado 60.000Km, pretendia a restituição do preço.

cláusula penal moratória), se houve cumprimento da parte substancial do contrato apesar de este conter uma cláusula resolutiva em caso de cumprimento parcial[100], se, apesar da cláusula resolutiva, houve cumprimento defeituoso pouco significativo, bastando, assim, reduzir o preço, ou se a mora verificada era facilmente purgável (por ex., o devedor só não cumpriu por esquecimento), tendo o contrato negado de antemão essa possibilidade e sem ter sido convencionado um termo absolutamente fixo? Vendo as coisas pelo lado positivo, não duvidamos da eficácia de cláusulas que prevejam a resolução para o incumprimento *reiterado* de prestações pecuniárias, para o incumprimento episódico de uma determinada prestação, estando *já admitido um prazo suplementar definido ou a fixar*, para o incumprimento de deveres laterais inseridos em contratos duradouros e pessoais ou de uma obrigação do (ou de um outro) contrato tida, objectivamente, por relevante[101].

Podendo, assim, a cláusula resolutiva surgir já, eventualmente, como «inadequada» no contexto do contrato por recurso ao critério interpretativo da boa fé (independentemente, pois, da formulação de um estrito juízo de legalidade[102] ou de surgir como cláusula abusiva[103]), *é, sobretudo, a sua invocação, nas circunstâncias actuais e na dinâmica do contrato, que pode levar o tribunal, sem valorações subjectivas, a não admitir a resolução tal como foi*

---

[100] Ver, para a doutrina do «adimplemento substancial» acolhida no direito brasileiro, JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé objectiva*...cit, pp. 262 e ss. (citando COUTO e SILVA, a jurista brasileira refere tratar-se de um «adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização...»).

[101] No ac. da RL, de 28/3/1996 (TOMÉ DE CARVALHO), *in* CJ, ano XXI,2, 1996, pp. 91 e ss., valorou-se como válida a cláusula de um contrato de aluguer, celebrado por adesão, nos termos da qual «a locadora procederá sempre à resolução do contrato no caso de lhe ser comunicada pela seguradora respectiva a suspensão cobertura, por falta de pagamento do prémio pelo locatário».

[102] Esse juízo mais não e do que o resultado da «relação comunicante entre a norma convencional e as normas do ordenamento geral da colectividade que delimitam imperativamente a esfera da auto-regulação de interesses» (SOUSA RIBEIRO, «A boa fé como norma de conduta», *in Direito dos contratos*, cit., p. 215). Noutro escrito («A boa fé como norma de validade», *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES*, II- *Direito Privado*, Coimbra, 2008, p. 674), o mesmo jurista afirma que há que efectuar o «o confronto entre duas normatividades. A instituída pelo contrato...e a consagrada pela ordem jurídica global»). Esse juízo, a que aludimos no texto, pode mesmo ter em conta a possível presença de um «contrato opressivo» (para esta expressão, ver PINTO MONTEIRO, *Clausula penal*..., cit., p. 721)

[103] Para a presunção de «abuso» (*unfair term*) na cláusula contratual geral que autorize o predisponente a resolver o contrato discricionariamente, ver o art. II. - 9:410 do DCFR (versão de 2009).

«querida» ou aceite. Só uma concepção dinâmica da autonomia privada, que não se fecha à boa fé, nem se circunscreve a «validar» a aceitação da cláusula resolutiva, é capaz de certificar a conexão incumprimento-resolução. Em rigor, trata-se de transpor para este quadrante, *com a devida cautela* e nas situações que o exigirem, o pensamento nuclear que preside a certas soluções legais «proporcionais» como sucede não tanto com a exclusão da perda de benefício do prazo por diminuição pouco importante da garantia prestada pelo devedor, mas, sobretudo, com a redução da cláusula penal manifestamente excessiva, com a inviabilidade da resolução por incumprimento parcial com «escassa importância»[104] ou mesmo, apesar da ausência de um preceito expresso similar ao do § 320 II do BGB e do art. 1460º, 2 do Código italiano[105], com a necessidade de equivalência entre o incumprimento alheio e a excepção do não cumprimento próprio[106]. A transposição analógica que se faz do art. 802º,2 para o campo deste último meio de coerção defensiva[107] não pode fazer esquecer que o escopo final de qualquer resolução reclama mais, do que naquele instrumento de pressão ao cumprimento, o *controlo da adequação* do pressuposto fundante[108].

É, também, interessante compararmos a função da cláusula resolutiva e da cláusula penal, bem como o tipo de controlo a que ambas estão sujeitas. Na verdade, e ressalvada a natural diversidade de conteúdo, ambas resultam tipicamente de um acordo, ambas tem uma função preventiva do incumprimento (neste aspecto a cláusula resolutiva está mais próxima da cláusula penal puramente compulsória), ambas funcionam praticamente apenas em favor de um dos contraentes, ambas visam afastar alguns enquadramentos le-

---

[104] VAZ SERRA, no seu Anteprojecto (BMJ, nº 98, Lisboa, 1960, p. 81) chegou a propor a seguinte norma: «A resolução dos contratos bilaterais ou a recusa da prestação ainda possível...não são admissíveis, quando se trate de falta, imperfeição ou mora respeitantes a uma obrigação que, segundo a boa fé, não tenha, em face das circunstâncias do caso, importância suficiente para as justificar...» (art. 102º do articulado resumido). Cfr, no mesmo sentido, o art. 100º relativo ao contrato de fornecimentos periódicos ou continuados.

[105] VAZ SERRA, «Excepção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)», *in BMJ* nº 67, Lisboa, 1957, p. 174, não deixou de considerar que «a excepção não é admissível quando, atentas as circunstâncias, for contrária à boa fé» (art. 2º,1do respectivo articulado).

[106] Ver, por último, para a proporcionalidade na invocação da excepção de não cumprimento, JÚLIO GOMES, «Da excepção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa fé – Ac. do TRP de 10.3.2008», *in CDP*, nº 25, 2009, pp. 56 e ss. (*maxime*, 61 e ss.).

[107] Cfr. ANTUNES VARELA, cit., p.402, nota 1.

[108] Concordamos plenamente com o que diz JÚLIO GOMES na nota 26 da p. 61 e na p. 63 do seu estudo cit., *supra*, nota 106.

gais e ambas geram, por isso mesmo, riscos mais ou menos patentes. Acerca desta *comunhão de perigo* somos tentados a transcrever o que Pinto Monteiro afirmou a propósito da cláusula penal mas que pode, perfeitamente, adaptar-se à cláusula resolutiva. Diz o autor de *Cláusula penal e indemnização*: «Tratando-se de *simples promessa a cumprir no futuro*, facilmente se será tentado a aceitar qualquer pena, ainda que se afigure excessiva, pois a possibilidade de se vir a incorrer nela surge como hipótese distante e remota. A natural inclinação para aceder, de forma *ligeira*, a uma cláusula penal que se destina a actuar somente no futuro...favorece a outra parte na definição de sanções que podem mostrar-se especialmente gravosas e abusivas»[109]. Mais do que na cláusula penal, a cláusula resolutiva coloca manifestamente a dualidade a que se refere Carneiro da Frada[110] quando separa o «plano da sindicância do conteúdo dos contratos» (o que até permite uma reacção preventiva do contraente não beneficiário da cláusula) e o plano posterior «do exercício das posições jurídicas que deles emergem». *Chamámos à colação este confronto para concluirmos por uma semelhante necessidade de possível controlo judicial do conteúdo e do exercício dos dois poderes regulativos.* Se na redução da cláusula penal manifestamente excessiva o que está em causa, como sustenta Sousa Ribeiro[111], é «uma "operação de recomposição dos termos contratuais» e o «controlo directo do equilíbrio contratual», *já no direito convencional de resolução, o conteúdo da própria cláusula pode conduzir a um controlo de proporcionalidade conectado, principalmente, com a denegação/desconsideração de um direito que, a ser considerado eficaz como foi concebido, colidiria com princípios da ordem jurídica que não são privativos da resolução legal e aos quais a contraparte do legitimado não deve poder renunciar. Se é possível que as partes afastem as normas supletivas do direito de resolução, já não é possível afastar os princípios fundamentais que limitam a própria autonomia privada.* Apesar do poder formal, derivado do contrato e que a contraparte não conseguiu flexibilizar, o exercício do direito (face à insignificância da violação, à perda subjectiva de interesse, à reacção draconiana do legitimado) pode revelar-se desproporcional por colidir com as superiores razões de uma

---

[109] *Cláusula penal...*, cit., p. 718, «Cláusula penal e comportamento abusivo do credor», *in RBDC*, nº 25, 2004, p. 127 e «Sobre o controlo da cláusula penal», *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, III (*Direito das Obrigações*), Coimbra, 2007, p. 197.

[110] *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004, pp. 315-316, nota 299. Ver também NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato*, 3ª ed., Coimbra, 2008, pp. 169-170, nota 329.

[111] Cit., p. 218.

justiça material absoluta ou lesar um equilíbrio substancial. Menezes Cordeiro[112] vê, precisamente, no «desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes», um *comportamento abusivo* por «desequilíbrio no exercício», o que significa deslocar para uma fase posterior o controlo pela boa fé.

No caso de que partimos para este estudo nada temos a objectar à decisão confirmatória do Supremo, já que, para lá do montante em dívida, a justificar plenamente o recurso à via judicial, a cláusula resolutiva dava uma última oportunidade ao devedor para evitar a extinção do contrato.

Junho de 2010

[112] *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, IV, Coimbra, 2005, pp. 346-347.

SIGLAS UTILIZADAS

Ac Acórdão
AcP Archiv für die civilistische Praxis
BGB Bürgerliches Gesetzbuch
BMJ Boletim do Ministério da Justiça
CC Código Civil de 1966
CDP Cadernos de Direito Privado
CIRE Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CJ Colectânea de Jurisprudência
CJ/STJ Colectânea de Jurisprudência (Acordãos do Supremo Tribunal de Justiça)
DCFR Draft Common Frame of Reference
D./chr. Recueil Dalloz Sirey/Chroniques
DJ Direito e Justiça
DL Decreto-Lei
EDP Europa e Diritto Privato
Jura Jura/ Juristische Ausbildung
LCD Lei de Defesa do Consumidor
PECL Principles of European Contract Law
RAR Regime do Arrendamento Rural
RasDC Rassegna di Diritto Civile
RAU Regime do Arrendamento Urbano
RBDC Revista Brasileira de Direito Comparado
RC Relação de Coimbra
RDCiv Rivista di Diritto Civile
RCEJ Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RDES Revista de Direito e Estudos Sociais
RE Relação de Évora
RG Relação de Guimarães
RL Relação de Lisboa
RLJ Revista de Legislação e de Jurisprudência
RP Relação do Porto
STJ Supremo Tribunal de Justiça